

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

AMANDA DE OLIVEIRA LAFFITTE

**O POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS DIANTE DAS INCONSISTÊNCIAS DO  
ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL: UMA ANÁLISE DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS  
DO COMPANHEIRO ESTÁVEL À LUZ DE UMA INTERPRETAÇÃO CIVIL-  
CONSTITUCIONAL**

CURITIBA

2015

AMANDA DE OLIVEIRA LAFFITTE

**O POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS DIANTE DAS INCONSISTÊNCIAS DO  
ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL: UMA ANÁLISE DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS  
DO COMPANHEIRO ESTÁVEL À LUZ DE UMA INTERPRETAÇÃO CIVIL-  
CONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: **Prof. Dr. Eroulths Cortiano Junior**

CURITIBA

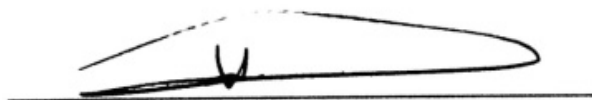
2015

## TERMO DE APROVAÇÃO

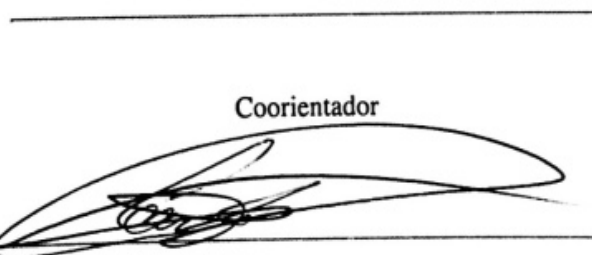
AMANDA DE OLIVEIRA LAFFITTE

**O posicionamento dos tribunais diante das inconsistências do art. 1790 do Código Civil: uma análise dos direitos sucessórios do companheiro estável à luz de uma interpretação civil-constitucional**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

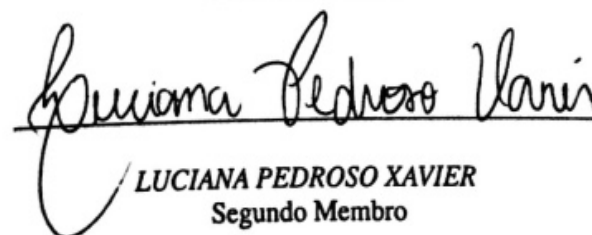


*EROULTHS CORTIANO JUNIOR*  
Orientador



Coorientador

*CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK*  
Primeiro Membro



*LUCIANA PEDROSO XAVIER*  
Segundo Membro

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço aos meus pais, Lucia e Marcio, pelo amor incondicional e por todo o apoio dado ao longo de minha vida, em especial, durante esses anos de faculdade. A participação de vocês foi decisiva em cada etapa dessa caminhada. Obrigada por nunca terem deixado de acreditar em meus sonhos e terem sempre procurado fazer o impossível para torná-los realidade. Amo vocês de todo o coração.

Agradeço ao meu irmão, Gabriel, futuro médico, orgulho da minha vida e que, mesmo mais novo, me inspira a ser uma pessoa melhor a cada dia. Obrigada por todas as conversas e risadas. Amo você.

Agradeço ao Paulo pelo amor e apoio constante. Sua presença alegria meus dias e me impulsiona a fazer planos para o futuro. Obrigada por tudo.

Agradeço às minhas amigas da Faculdade Camila, Gabriela, Giovana, Natalia, Patrícia, Raísa e Raquel, pela presença constante ao longo dos anos. Cada uma de vocês tem um jeito único e incomparável, o que me faz valorizar cada dia mais a nossa amizade. Obrigada por terem tornado o caminho até aqui muito mais feliz, animado e divertido.

Agradeço aos demais colegas de Faculdade pela inspiração proporcionada e por todas as trocas de conhecimento e amizade durante esses anos. Obrigada por todas as festas, risadas, conversas e debates.

Agradeço à Dra. Carla Melissa Martins Tria, inspiração cotidiana de inteligência e dedicação, pelos valiosos ensinamentos jurídicos e de vida. Obrigada pela compreensão e bondade, mas, sobretudo, por ser exemplo de juiz a ser seguido. Agradeço, ainda, ao Luiz e à Alice, com quem também trabalhei na 7ª Vara Cível de Curitiba, por tornarem essa tarefa bem mais fácil.

Agradeço ao Professor Eroulths Cortiano Junior, não só pela compreensão e pela orientação neste estudo, mas por despertar em mim o interesse pelo estudo do Direito das Sucessões.

Agradeço ao Professor Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk e à Professora Luciana Pedroso Xavier pela pronta acolhida e disponibilidade de participar dessa banca, cuja presença honra e enaltece o trabalho realizado.

Agradeço aos demais professores da Faculdade de Direito da UFPR, responsáveis por minha formação teórica e por quem também nutro reverencial admiração.

Por fim, agradeço à minha eterna segunda casa, a Faculdade de Direito da UFPR, cujas colunas exalam um ensino crítico e humanista do Direito, fazendo com que seus alunos anseiem por justiça, igualdade e solidariedade.

## RESUMO

Nas últimas décadas na sociedade brasileira, o foco do Direito das Sucessões foi redirecionado para o núcleo familiar mais estreito em detrimento das relações de parentesco distante. O cônjuge e o companheiro estável, outrora excluídos da sucessão, passaram a receber proteção. A Constituição Federal de 1988 introduziu o direito à herança como garantia fundamental e, em seu art. 226, §3º, reconheceu a união estável como entidade familiar digna de tutela pelo Estado, estabelecendo, inclusive, com base na interpretação que melhor contempla os princípios constitucionais aplicáveis à família, a igualdade entre a união estável e as demais entidades familiares, sem qualquer hierarquia. Por outro lado, o Código Civil de 2002, em seu art. 1.790, ao dispor acerca dos direitos sucessórios do companheiro estável, coloca este em posição desfavorecida se comparado ao cônjuge. Assim, o dispositivo é objeto de inúmeras críticas pela doutrina especializada em virtude das contradições legislativas que a sua redação e construção evidenciam. No presente estudo, procurou-se analisar o panorama geral dos direitos sucessórios do companheiro estável no ordenamento jurídico brasileiro, a sua comparação com os direitos sucessórios do cônjuge e o atual posicionamento dos tribunais acerca da problemática que o tema envolve, especificamente no que se refere a constitucionalidade ou não do tratamento diferenciado atribuído aos companheiros estáveis no âmbito sucessório.

Palavras-chave: direitos sucessórios do companheiro estável; artigo 1.790 do Código Civil de 2002; tratamento diferenciado se comparado ao cônjuge; posicionamento dos tribunais brasileiros.

## **ABSTRACT**

In recent decades in Brazilian society, the focus of Law of Probate and Succession was redirected to the closest nuclear family at the expense of distant kinship. The spouse and partner in a stable union, formerly excluded from the succession, have received protection. The 1988 Federal Constitution introduced the right to inheritance as a fundamental guarantee and, in its article 226, § 3, recognized the stable union as a family entity worthy of protection by the State, establishing, moreover, based on the interpretation that best covers the constitutional principles applicable to the family, equality between the stable union and other family entities, without any hierarchy. In contrast, the 2002 Civil Code, in its article 1790, when dealing about the succession rights of a partner in a stable union, puts him in a disadvantaged position compared to the spouse. Consequently, the article is the subject of considerable criticism by the specialized doctrine because of the legislative contradictions that its wording and construction display. In the present study, it sought to analyze the scenery of the succession rights of the partner in a stable union in the Brazilian legal system, its comparison with the succession rights of the spouse and the current positioning of the courts about the problems that the issue involves, specifically in what it refers to the constitutionality or not of the differential treatment given to the partner in a stable union within succession.

Key-words: succession rights of the partner in a stable union; article 1790 of the 2002 Civil Code; differential treatment compared to the spouse; current positioning of the courts.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

Art. – artigo

IBDFAM – Instituto brasileiro de Direito de Família

Min. – Ministro

MP – Ministério Público

n. – número

p. – página

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

TJDFT – Tribunal de Justiça do Distrito Federal

TJES – Tribunal de Justiça do Espírito Santo

TJGO – Tribunal de Justiça de Goiás

TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais

TJPR – Tribunal de Justiça do Paraná

TJRJ – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

TJSC – Tribunal de Justiça de Santa Catarina

TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo

TJSE – Tribunal de Justiça de Sergipe

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2. CAPÍTULO I – A UNIÃO ESTÁVEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....</b>	<b>11</b>
2.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES .....	11
2.2. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	12
2.3. LEI N. 8.971 DE 1994 .....	14
2.4. LEI N. 9.278 DE 1996 .....	15
2.5. CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	17
2.5.1. Requisitos e natureza jurídica da união estável.....	17
2.5.2. Aspecto pessoal e patrimonial da união estável .....	19
<b>3. CAPÍTULO II – OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO COMPANHEIRO ESTÁVEL E O ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 .....</b>	<b>21</b>
3.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES .....	21
3.2. A SUCESSÃO DO CÔNJUGE À LUZ DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	24
3.2.1. Cônjuge em concorrência com os descendentes .....	25
3.2.1.1. Cônjuge concorrendo com descendentes comuns com o falecido.....	28
3.2.1.2. Cônjuge concorrendo com descendentes exclusivos do falecido.....	29
3.2.1.3. Cônjuge concorrendo com descendentes comuns e exclusivos do falecido .....	30
3.2.2. Cônjuge em concorrência com os ascendentes .....	31
3.2.3. Ausência de descendentes e ascendentes.....	32
3.3. A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO ESTÁVEL À LUZ DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 .....	33
3.3.1. Companheiro em concorrência com descendentes comuns com o falecido .....	36
3.3.2. Companheiro em concorrência com descendentes exclusivos do falecido .....	37
3.3.3. Companheiro em concorrência com descendentes comuns e exclusivos do falecido.....	38
3.3.4. Companheiro em concorrência com outros parentes sucessíveis.....	39
3.3.5. Ausência de parentes sucessíveis.....	40
3.3.6. Companheiro em concorrência com o cônjuge sobrevivente .....	41
3.4. A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 .....	44
3.4.1. Delimitação da problemática trazida pelo artigo .....	44
3.4.1.1. Do histórico e inserção no diploma normativo .....	45
3.4.1.2. Da restrição da participação do companheiro sobrevivente aos bens adquiridos onerosamente .....	46
3.4.1.3. Da impossibilidade de aplicação sistemática dos incisos I a III .....	47
3.4.1.4. Da imprecisão do inciso IV.....	48
3.4.2. Inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002 .....	48
<b>4. CAPÍTULO III – O POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS FACE AO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....</b>	<b>53</b>
4.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES .....	53
4.2. ADVERTÊNCIA METODOLÓGICA .....	55
4.3. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL.....	56
4.4. RESULTADOS .....	64
<b>5. CONCLUSÃO .....</b>	<b>66</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>69</b>
<b>APÊNDICE .....</b>	<b>74</b>



## 1. INTRODUÇÃO

O Direito das Sucessões diz respeito às consequências jurídicas do evento morte de uma pessoa. Por esta razão, catalisa os mais fundamentais institutos jurídicos do Direito Privado: a propriedade, a família e a autonomia privada. Assim, sofre reflexos diretos e indiretos dos conceitos e categorias destes institutos.

Destarte, menciona-se que na substância do ramo sucessório está uma representação moral da sociedade, um propósito político e uma finalidade econômica.

Especificamente em relação ao instituto da família, em virtude da mudança das relações familiares nas últimas décadas na sociedade brasileira, redirecionou-se o foco do Direito das Sucessões para o núcleo familiar mais estreito em detrimento das relações de parentesco distante, protegendo-se pessoas como o cônjuge e companheiro estável sobrevivente.

Embora tenha havido esse redirecionamento, diversas dúvidas e contradições remanescem ao se analisar a concorrência sucessória do cônjuge e do companheiro estável sobrevivente.

Neste aspecto, na presente monografia, procurou-se estudar o panorama geral dos direitos sucessórios do companheiro estável no ordenamento jurídico brasileiro, que tem como núcleo o art. 1.790 do Código Civil de 2002, a sua comparação com os direitos sucessórios do cônjuge e o atual posicionamento dos Tribunais acerca da problemática que o tema envolve, especificamente no que se refere a constitucionalidade ou não do tratamento diferenciado atribuído aos companheiros estáveis no âmbito sucessório.

Com isso, impulsionado pela leitura em perspectiva civil-constitucional, o que se pretende é analisar se os Tribunais brasileiros estão se posicionando em consonância com o entendimento da melhor doutrina de que, embora a união estável e o casamento sejam entidades familiares diferentes, não tem sentido atribuir ao companheiro estável e ao cônjuge direitos sucessórios diametralmente opostos.

No capítulo que inaugura o presente estudo, apresentar-se-á a trajetória lenta e tormentosa da união estável no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, será

feita análise acerca do regramento disposto no Código Civil de 1916 para a convivência fora do casamento e como se deu o alargamento do conceito de família para além do matrimônio a partir da Constituição Federal de 1988, que reconheceu, para efeito de proteção do Estado, a união estável como entidade familiar. Na sequência, serão examinadas as Leis n. 8.971 de 1994 e 9.278 de 1996, que buscaram regulamentar a união estável. Por fim, será apresentada a sistematização atual da matéria relativa à união estável, inaugurada pelo Código Civil de 2002, tratando acerca dos seus aspectos pessoais e patrimoniais.

Situada a união estável no Direito brasileiro, no segundo capítulo serão apresentados os direitos sucessórios do companheiro estável a partir do disposto no art. 1.790 do Código Civil de 2002. Verificar-se-á, inicialmente, os direitos sucessórios do cônjuge, apresentando a forma como concorre com os descendentes e ascendentes a partir das disposições do mencionado diploma legal, a fim de possibilitar uma análise comparativa com os direitos sucessórios assegurados ao companheiro estável. Em seguida, analisar-se-á, especificamente, o modo como o companheiro estável concorre com os descendentes, ascendentes e demais parentes sucessíveis. Por fim, constatar-se-á, a partir da delimitação da problemática trazida e de uma leitura em perspectiva civil-constitucional, a inconstitucionalidade do art. 1.790.

No derradeiro capítulo do presente estudo, uma vez que até o momento não há um posicionamento definitivo do STF e do STJ, será feita a análise do posicionamento dos Tribunais de Justiça Estaduais que já julgaram arguições ou incidentes de inconstitucionalidade que envolvam, no todo ou em parte, o dispositivo legal. Isto, a fim de verificar se há uma uniformidade nos entendimentos e se estes seguem a interpretação que melhor contempla os princípios constitucionais aplicáveis à família.

Por fim, diante da ausência de uniformidade nos entendimentos dos Tribunais de Justiça Estaduais, será apontada a importância de um posicionamento definitivo dos Tribunais Superiores acerca desta questão de enorme relevância à sociedade brasileira, sugerindo-se que, com base no princípio constitucional da igualdade das entidades familiares, seja declarada a inconstitucionalidade do tratamento discriminatório dispensado aos companheiros estáveis no âmbito sucessório.

Vale registrar que no presente estudo não foi enfrentado, por questões metodológicas, o problema hermenêutico dos arts. 1.829 e 1.790 do Código Civil de 2002, a questão do usufruto viual e do direito real de habitação, a temática dos direitos sucessórios do companheiro diante da possibilidade de existência de uniões estáveis paralelas, ou o problema envolvendo os direitos sucessórios das famílias simultâneas, embora não se desconheça a importância e relevância destas questões.

## 2. CAPÍTULO I – A UNIÃO ESTÁVEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

### 2.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A união estável teve trajetória lenta e tormentosa no ordenamento jurídico brasileiro em virtude de suas situações existenciais serem historicamente enquadradas sob o conceito de concubinato, definido como imoral e ilegal.

No Código Civil de 1916, a família somente se constituía pelo casamento. Assim, com o propósito de proteger os sagrados laços do matrimônio (DIAS, 2015, p. 238), o diploma continha alguns dispositivos que faziam restrições à convivência fora do casamento, proibindo, por exemplo, doações ou benefícios testamentários do homem casado à concubina (art. 1.177), ou a inclusão desta como beneficiária de contrato de seguro de vida (art. 1.474).<sup>1</sup>

O concubinato poderia “ser rompido a qualquer instante, qualquer que fosse o tempo de sua duração, sem que ao concubino abandonado assistisse direito a indenização pelo simples fato da ruptura”. Em virtude disso, a partir da década de 1950, passou-se a compreender “que a ruptura de longo concubinato, de forma unilateral ou por mútuo consentimento, acabava criando uma situação extremamente injusta para um dos concubinos”. (GONÇALVES, 2012, p. 522).

Deste modo, com base na teoria da vedação ao enriquecimento ilícito, alguns direitos foram sendo reconhecidos pelos Tribunais<sup>2</sup>, passando as restrições existentes no Código serem aplicadas somente aos casos de concubinato adúltero<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> São outros exemplos os arts. 183, VII, 248, IV, e 1.719, II. Estes tratavam, respectivamente, da incapacidade testamentária passiva da concubina, do impedimento absoluto para o casamento e da possibilidade de propositura de ação de reivindicação pelo cônjuge acerca dos bens transferidos ou doados pelo outro à concubina.

<sup>2</sup> Por exemplo, o entendimento sumulado do STF na súmula n. 35 de 1963 (“Em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio.”) e n. 380 de 1964 (“Comprovada a existência da sociedade de fato entre concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.”).

<sup>3</sup> O concubinato adúltero, também chamado de impuro, caracteriza-se por um de seus participantes ter impedimento para casar. Contrapõe-se ao puro, onde os participantes não tem impedimentos

Considerando a quase inexistente regulamentação acerca do concubinato, as soluções para os conflitos de interesses decorrentes de tais relações se davam a partir de instrumentos do Direito das Obrigações, suprimindo o Judiciário a lacuna do legislador. (FACHIN, 2003, p. 95).

Nesse sentido, PAULO LÔBO (2011, p. 169) menciona que “a jurisprudência brasileira, tangenciando os óbices legais, procurou construir soluções de justiça para essas situações existenciais, configurando verdadeiro uso alternativo do direito, ante a pressão incontornável da realidade social”.

Destarte, embora a convivência sem casamento tenha sido sempre uma constante em nossa sociedade, provocando um descompasso entre a realidade e as previsões contidas na codificação civil em matéria de família, foi apenas com a Constituição Federal de 1988 que se alargou o conceito de família para além do matrimônio.

## 2.2. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, §3º, reconhece, para efeito de proteção do Estado, “a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento”.<sup>4</sup>

A família deixa de ser considerada uma instituição merecedora de tutela pelo simples fato de ter sido constituída legitimamente através do casamento, para se tornar plural, tendo mais de uma forma de constituição.

O estado de fato se converteu em “relação jurídica em virtude de a Constituição e a lei atribuírem-lhe dignidade de entidade familiar própria, com seus elencos de direitos e deveres”. (LÔBO, 2011, p. 168). Nas palavras de LUIZ EDSON FACHIN:

O texto constitucional operou a inserção no direito positivado do reconhecimento jurídico dessa outra forma de conjugalidade, diversa do

---

legais. Essa divisão em duas espécies de concubinato foi desenvolvida no campo doutrinário e acatada pela jurisprudência. (MATOS, 2000, p. 36-37).

<sup>4</sup> Segundo JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA, o legislador constitucional preferiu chamar união estável de “entidade familiar”, e não propriamente de “família”, para evitar o choque natural da alteração (2003. p. 60). ANA LUIZA MAIA NEVARES conceitua “entidade familiar” como organismo social que uma vez constituído dá origem à família, protegida especialmente pelo Estado (2015, p. 137).

modelo matrimonializado, como corolário de construção doutrinária e jurisprudencial que já vinha sendo consolidada pela doutrina e pela jurisprudência, por imposição dos fatos. (2011, p. 24).

A expressão *união estável* veio a substituir o então denominado *concubinato puro*, permanecendo o *concubinato adulterino*, também conhecido como *impuro*, sem tutela estatal em virtude do princípio da monogamia.

A *ratio* do instituto desloca-se do Direito das Obrigações para o Direito de Família (NEVARES, 2002, p. 298-299) e a Constituição prevê que a lei deverá facilitar a sua conversão em casamento.

Essa disposição gerou e ainda gera muita polêmica, vez que há aqueles que sustentam que a disposição estabelece uma hierarquia entre as entidades familiares, razão pela qual merecem tratamento desigual.

Os que sustentam a existência de uma hierarquia, colocam a união estável em um plano inferior ao casamento, partindo da primazia de que o Constituinte a considerou como *rito de passagem*, sendo insustentável a equiparação dos institutos em virtude dos termos do próprio parágrafo constitucional. (PEREIRA, 2009, p. 40 e 570).

Contudo, não é esse significado que melhor contempla os princípios constitucionais aplicáveis à família, notadamente o da igualdade das entidades e o da liberdade conferida às pessoas para constituição de suas famílias e para a realização de suas dignidades.

Embora não haja identificação propriamente dita entre os institutos, por possuírem peculiaridades próprias quanto ao modo de constituição<sup>5</sup>, inexistente uma hierarquia entre as modalidades de família.

A respeito, PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO (2014, p. 625) sustentam que não se pode concluir haver uma hierarquia que justifique eventual “supremacia de direitos do cônjuge em face do companheiro; uma vez reconhecida a união estável, afrontaria o próprio sistema constitucional conceder-se um tratamento privilegiado ao cônjuge em detrimento do dispensado ao companheiro”.

No mesmo sentido, o Enunciado n. 3 da Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, que dispõe: “Em face do princípio da igualdade das entidades

---

<sup>5</sup> “Enquanto o casamento tem seu início marcado pela celebração do matrimônio, a união estável não tem termo inicial estabelecido. Nasce da consolidação do vínculo de convivência, do comprometimento mútuo, do entrelaçamento de vidas e do embaralhar de patrimônios.” (DIAS, 2015. p. 239-242).

familiares, é inconstitucional tratamento discriminatório conferido ao cônjuge e ao companheiro”.

Assim, quanto à facilitação da conversão da união estável, MARIA BERENICE DIAS (2015, p. 239-241) afirma que o que existe é uma simples recomendação em transformá-la em casamento, pois como ocorreu uma equiparação das entidades familiares, todas são merecedoras da mesma proteção por serem ambas geradoras de família de mesmo valor jurídico, sem qualquer adjetivação discriminatória.

Ademais, segundo PAULO LÔBO (2011, p. 182), “facilitar a conversão de uma entidade em outra é especificação do princípio da liberdade da constituição de família; não é rito de passagem”. Ainda, discorre:

Com efeito, a norma do § 3º do art. 226 da Constituição não contém determinação de qualquer espécie. Não impõe requisito para que se considere existente união estável ou que subordine sua validade ou eficácia à conversão em casamento. Configura muito mais comando ao legislador infraconstitucional para que remova os obstáculos e dificuldades para os companheiros que desejem casar-se, se quiserem, a exemplo da dispensa da solenidade de celebração, como de resto estabeleceu o art. 1.726 do Código Civil. Em face dos companheiros, apresenta-se como norma de indução. Contudo, para os que desejarem permanecer em união estável, a tutela constitucional é completa, segundo o princípio de igualdade que se conferiu a todas as entidades familiares. Não pode o legislador infraconstitucional estabelecer dificuldades ou requisitos onerosos para ser constituída ou mantida a união estável, pois facilitar uma situação não significa dificultar outra. (p. 80-82).

Desse modo, verifica-se que ocorreu uma mudança da ótica valorativa constitucional, impedindo que se pretenda dar qualquer tratamento desigual às entidades familiares em virtude da inexistência de qualquer hierarquia entre as modalidades de família. Essa mudança foi importante, pois, conforme tratado, o Código Civil de 1916 regulava e protegia a família constituída unicamente pelo casamento, de modelo patriarcal e hierarquizada. Portanto, a partir da proteção estabelecida pelo texto constitucional, carece de validade qualquer lei infraconstitucional que não possa ser interpretada conforme a Constituição.

A partir do reconhecimento da união estável como entidade familiar, tornou-se urgente a sua regulamentação, razão pela qual advieram as Leis n. 8.971 de 1994 e 9.278 de 1996.

### **2.3. LEI N. 8.971 DE 1994**

A primeira regulamentação da norma constitucional veio com a Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994.

Definiu como *companheiros*, em seu art. 1º, o homem e a mulher que mantinham união comprovada, na qualidade de solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, por mais de cinco anos, ou com prole. Preenchida uma das hipóteses, além de se reconhecer a união, garantia-se o direito a alimentos.

No art. 2º, estabeleceu a participação do companheiro sobrevivente na sucessão do companheiro falecido. Enquanto os incisos I e II do artigo previam o direito ao usufruto enquanto não se constituísse nova união, o inciso III dispunha que, na falta de ascendentes ou descendentes, o companheiro sobrevivente teria direito à totalidade da herança.

LUIZ EDSON FACHIN (2011, p. 44) menciona que “esse regramento, a depender do caso concreto, poderia abrir margem para que, em determinadas situações, fosse consolidada a participação do companheiro na sucessão em condições mais benéficas que a do cônjuge”.

Por fim, no art. 3º, referia-se ao direito sobre a metade dos bens deixados pelo autor da herança que eram resultado de atividade em que teria havido colaboração do companheiro sobrevivente.

Acerca da regulamentação, PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO (2014, p. 637) mencionam que com a Lei se consagrou um sistema fechado de reconhecimento da união estável, “mediante a adoção de referenciais objetivos (tempo de união ou existência de prole), a fim de que, com isso, se pudessem extrair os efeitos típicos do direito de família, como o direito aos alimentos e à herança”.

Importante destacar que foi com esta Lei que o direito subjetivo à herança do companheiro estável sobrevivente infressou no ordenamento jurídico nacional.

## **2.4. LEI N. 9.278 DE 1996**

A Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996, alterou a compreensão da união estável, suprimindo o requisito temporal e a existência de prole da Lei anterior, “passando a adotar um sistema aberto, com acentuada margem de



discricionariedade ao julgador na apreciação do caso concreto”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 638).

Substituiu a expressão *companheiro* por *convivente*, embora não haja qualquer explicação lógica ou fundamentação para a mudança. (CUNHA PEREIRA, 2004, p. 72).

Definiu, no art. 1º, ser reconhecida como entidade familiar “a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”. Ainda, estabeleceu, no art. 2º, os direitos e deveres dos conviventes de forma igualitária.

Em seu art. 5º, pressupostos do regime de comunhão parcial de bens foram assumidos, embora não expressamente, pois se disciplinava acerca da meação sobre os bens adquiridos, a título oneroso, durante o período de convivência.

Por fim, trazia previsão, no art. 7º, *caput* e parágrafo único, acerca do direito a alimentos em virtude da dissolução da união estável e do direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família enquanto não houvesse nova união ou a celebração de casamento.

Em relação às Leis de 1994 e 1996, CARLOS ROBERTO GONÇALVES menciona que:

foram alvo de muitas críticas, passando a tramitar no Congresso Nacional projeto de lei elaborado pela Presidência da República com o objetivo de melhor regulamentar o aludido dispositivo constitucional e de revogar as leis mencionadas. (2008, p. 169).

No mesmo sentido, RODRIGO DA CUNHA PEREIRA (2006, p. 220) aponta que houveram inúmeras críticas uma vez que as Leis traduziram, de forma contraditória entre elas, elementos para a compreensão da união estável.

Por outro lado, embora em certas hipóteses conferissem até mesmo mais direitos aos companheiros do que aos cônjuges, resta evidente que as Leis de 1994 e 1996 buscaram estabelecer, em especial, direitos sucessórios ao companheiro estável sobrevivente de forma equiparada aos do cônjuge. Estando, assim, de certo modo, em consonância com o entendimento de que não existe hierarquia entre as entidades familiares.

## 2.5. CÓDIGO CIVIL DE 2002

Com o Código Civil de 2002, as Leis n. 8.971 de 1994 e 9.278 de 1996 foram, em regra, revogadas e dispositivos foram introduzidos no ordenamento jurídico com o objetivo de sistematizar toda a matéria relativa à união estável. A inclusão, segundo RODRIGO DA CUNHA PEREIRA (2006, p. 219-220), “deveu-se às discussões e influências a partir de 1994, já que, originalmente, e mesmo em mudanças pós-constitucionais, o texto do Projeto dizia apenas que o casamento instituía a família legítima, desconsiderando outras formas de família.”

Assim, foram introduzidos os arts. 1.723 a 1.727 no Livro de Família, que disciplinam a união estável quanto aos aspectos pessoais e patrimoniais, e o art. 1.790 no Livro de Sucessões, que disciplina acerca do efeito patrimonial sucessório decorrente da união.

### 2.5.1. Requisitos e natureza jurídica da união estável

O art. 1.723 define ser “reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. A partir da definição, bem como em observância ao disposto no art. 226 da Constituição, possível uma classificação dos requisitos, ou pressupostos, para a formação da união estável.

PAULO LÔBO (2011, p. 171-172) aponta que são os pressupostos legais da união estável: i] a relação afetiva entre homem e mulher; ii] a convivência pública, contínua e duradoura; iii] o objetivo de constituição de família; e iv] a possibilidade de conversão em casamento.

CARLOS ROBERTO GONÇALVES (2012, p. 528), por outro lado, indica quais são os pressupostos legais da união estável a partir de uma ordem subjetiva e objetiva. Elenca como pressupostos de ordem subjetiva: i] convivência de more uxório (vida em comum sob o mesmo teto); e ii] o *affectio maritalis* (ânimo ou objetivo de constituir família). Em contraposição, elenca como pressupostos de ordem objetiva:

i] a diversidade de sexos; ii] a notoriedade; iii] a estabilidade ou duração prolongada; iv] a continuidade; v] a inexistência de impedimentos matrimoniais; e vi] relação monogâmica.

A despeito da classificação adotada, vez que existem inúmeras outras, observa-se que o núcleo se assemelha e que, na mesma linha do art. 1º da Lei n. 9.278 de 1996, não foi estabelecido período mínimo de convivência, sendo importante salientar, conforme assinala RODRIGO DA CUNHA PEREIRA (2006, p. 221), que “se faltar um desses elementos, não significa que esteja descaracterizada a união estável”, o essencial é que se tenha formada uma relação afetiva e amorosa de família”.

Desta forma, pois embora se indique a necessidade de convivência e comunhão de vidas em situação similar à de pessoas casadas, por exemplo, a súmula n. 382 do STF proclama que a vida em comum sob o mesmo teto, ou seja, a coabitação, não é indispensável à sua caracterização. Conforme menciona FÁBIO ULHOA COELHO (2012, p. 285), “não basta a prova da coabitação para se caracterizar a união estável, se outros elementos demonstram que ela se relaciona a objetivos diversos dos de constituição de família”.

Ademais, embora se indique a necessidade de diversidade de sexos, o STF, em 5 de maio de 2011, ao julgar a ADI n. 4.277 e a ADPF n. 132, reconheceu, por unanimidade, nos termos do voto do Min. Ayres Britto, a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Portanto, conclui a melhor doutrina que o pressuposto essencial para a configuração da união estável é a convivência em posse de estado de casados, já que a ausência de algum outro elemento não descaracteriza ou desvirtua a noção de união estável. (CUNHA PEREIRA, 2004, p. 36). Nesse aspecto, CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK (2011, p. 332), menciona que as “relações familiares geradas pelo casamento e pela união estável são idênticas em sua essência, baseadas em semelhantes vínculos de afeto, solidariedade e respeito”.

E a partir disso, segundo CARLOS ROBERTO GONÇALVES (2012, p. 527), verifica-se que uma das principais características da união estável em relação ao casamento é a ausência de formalismo para a sua constituição, pois “enquanto o casamento é precedido de um processo de habilitação, com publicação dos proclamas e de inúmeras outras formalidades, a união estável, ao contrário, independe de qualquer solenidade, bastando o fato da vida em comum”.

Por fim, em virtude da ausência de formalismo, PAULO LÔBO (2011, p. 172) aponta ser possível compreender a natureza jurídica da união estável como um ato-fato jurídico, por não necessitar de qualquer manifestação de vontade para que produza seus efeitos, já que “basta sua configuração fática para que haja incidência das normas constitucionais e legais cogentes e supletivas e a relação fática converta-se em relação jurídica”.

Porém, vale ressaltar que por ser o casamento e a união estável idênticos em sua essência e função, não deve o casamento ser protegido prioritariamente pelo ordenamento jurídico simplesmente porque os casados celebraram o ato formal do matrimônio.

#### 2.5.2. Aspecto pessoal e patrimonial da união estável

No âmbito pessoal, admite-se a união estável entre pessoas desimpedidas para o casamento, mas também entre pessoas que mantiveram seu estado civil de casadas, encontrando-se separadas de fato, consoante o §1º do art. 1.723 do Código Civil.

Por outro lado, as causas suspensivas do casamento não obstam a caracterização da união estável, conforme o §2º do art. 1.723.

O art. 1.724 elenca como deveres recíprocos entre os companheiros a “lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”. Contudo, a propósito, FABIO ULHOA COELHO menciona que:

a enunciação dos deveres dos conviventes, no entanto, é desprovida de maior interesse, já que o seu descumprimento não tem nenhuma implicação jurídica. Desfeita a união estável por qualquer razão (culpa ou vontade de um dos dois conviventes), as repercussões em relação aos bens, alimentos e filhos serão idênticas. (2012, p. 292)

No âmbito patrimonial, o art. 1.694 garante o direito recíproco dos companheiros a pedir alimentos na hipótese de dissolução da união estável, desde que não haja nova união ou casamento, e desde que não seja indigno, conforme o art. 1.708.

Ademais, o art. 1.725 determina a aplicação, no que couber, do regime da comunhão parcial de bens, salvo diante da existência de contrato escrito entre os companheiros que preveja regime de bens diverso.<sup>6</sup>

Portanto, observa-se que a união estável foi equiparada ao casamento no regime de bens, razão pela qual, em regra, haverá direito à meação dos bens adquiridos a título oneroso na constância da união estável. Salienta-se, por oportuno, que essa previsão legal diferencia-se da prevista no art. 5º da Lei 9.278 de 1996, por não utilizar o termo *presunção*.

Além disso, o art. 1.726 prevê que “a união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil” e o art. 1.727 dispõe que “as relações não eventuais entre homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”. Conforme exposto, aplica-se à união estável, por analogia, os impedimentos previstos para o casamento (art. 1.521).

Por fim, no que tange ao âmbito patrimonial em seu aspecto sucessório, este é disciplinado pelo art. 1.790 do Código Civil, que será analisado no capítulo seguinte.

---

<sup>6</sup> O regime da comunhão parcial é previsto no Código Civil entre os arts. 1.658 ao 1.662, sendo que no regime comunicam-se os bens que sobrevieram ao casal na constância do casamento, com exceção dos bens elencados no art. 1.659, que menciona os bens recebidos por doação ou sucessão, os bens de uso pessoal e instrumentos de profissão, entre outros. O art. 1.660 elenca, como ressalva, bens que entram na comunhão.

### 3. CAPÍTULO II – OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO COMPANHEIRO ESTÁVEL E O ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

#### 3.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O Direito das Sucessões é a parte especial do Direito Civil que regula a destinação do patrimônio de uma pessoa depois de sua morte. A sucessão poderá ser dar através da sucessão testamentária e/ou por meio da sucessão legítima, conforme preceitua o art. 1.786 do Código Civil.

A legítima, também denominada *ab intestato* – sem testamento –, tem origem na morte e é a que se dá em observância à ordem de vocação e aos critérios estabelecidos na legislação, sendo herdeiro legítimo a pessoa indicada na lei como sucessor. Contrapõe-se à testamentária, que resulta de ato de última vontade do falecido.

A propósito, PONTES DE MIRANDA (2012, p. 221) alude que a sucessão legítima é a que se opera por lei, “sem necessidade de quaisquer intervenções volitivas do sucedendo”, enquanto na sucessão testamentária “a vontade do testador constitui causa necessária e suficiente”.

Logo, na legítima, nas palavras de JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA (2003, p. 22), “é a lei, no caso o Código Civil, quem disciplina a forma da transmissão, os beneficiários dela e o montante do patrimônio que deve ser deferido a cada contemplado”.

Essa classificação trazida em lei das pessoas que são chamadas para suceder o *de cujus* é denominada ordem de vocação hereditária.

A ordem de vocação hereditária é a “pedra angular” da sucessão legítima, traduzindo “o modo pelo qual o legislador regulou a distribuição em classes preferenciais das pessoas que serão chamadas para suceder” (CAHALI; HIRONAKA, 2014, p. 148). Representa a sequência de pessoas ligadas ao falecido por laços de parentesco ou familiares que, uns na falta dos outros, com exclusividade ou em conjunto quando da mesma classe, são eleitos pela lei como herdeiros” (p. 27).

CARLOS ROBERTO GONÇALVES (2008, p. 143) aponta que “é corrente na doutrina o entendimento de que o legislador, ao estabelecer a ordem de vocação

hereditária, funda-se na vontade presumida do falecido”. Porém, há aqueles que fundamentam também em um conceito de “interesse superior da família” (NEVARES, 2015, p. 44).

No ordenamento jurídico brasileiro, a ordem de vocação hereditária muito variou de acordo com as mudanças ocorridas na sociedade, principalmente na família.

A partir disso, pode-se dizer que ao definir a ordem de vocação na sucessão legítima, o legislador deve expressar o modelo que a sociedade entende como adequado e justo. Outrossim, pois não pode ser resultante de uma opção arbitrária do legislador. “As inclusões, exclusões e preferências decorrem de valores morais, políticos, religiosos e afetivos”. (LÔBO, 2014, p. 72-73).

Foram estes os motivos para a exclusão, no passado, dos filhos extrapatrimoniais da ordem de vocação hereditária em relação à herança deixada por seus pais biológicos ou para preterir os cônjuges em relação aos parentes colaterais distantes, por exemplo.<sup>7</sup>

Na legislação brasileira anterior a 1907, regido pelas Ordenações Filipinas, a ordem de vocação hereditária era, segundo o Livro IV, Título 94, a seguinte: i] descendentes; ii] ascendentes; iii] colaterais até o décimo grau de consanguinidade; iv] cônjuge sobrevivente; e v] Fazenda Pública.<sup>8</sup> Somente em 1907, com a edição da Lei Feliciano Pena, o cônjuge foi alçado à terceira classe na ordem de vocação.<sup>9</sup> Essa ordem foi mantida no Código Civil de 1916, tendo sido posteriormente alterada a limitação dos colaterais ao quarto grau de consanguinidade, com o Decreto-Lei n. 9.641 de 1946.

Na Lei n. 6.515 de 1977, chamada de a Lei do Divórcio, a posição do cônjuge tornou-se concorrente com os filhos adulterinos do autor da herança, “então invertendo-se a ordem de preferência para essa situação específica, conjugada com

---

<sup>7</sup>“Note-se que antigas regras sobre a sucessão, quer inspiradas em motivos religiosos, quer fundadas no anseio de fortalecer a família, não levam em consideração o sentimento de equidade, ou seja, o intuito de aquinhoar igualmente os descendentes, ou os parentes em igualdade de grau.” (RODRIGUES, 2002. p. 5).

<sup>8</sup> As Ordenações Filipinas prescreviam que se o falecido não deixou parentes até o décimo grau da linha colateral, seria chamado à sucessão o cônjuge sobrevivente, se ao tempo da morte do outro viviam juntos, habitando a mesma casa.

<sup>9</sup> A mudança foi determinada pelo Decreto nº 1.839 de 31 de dezembro de 1907 (conhecido como Lei Feliciano Pena, em homenagem ao seu autor, senador mineiro). Além de ter alterado a ordem, a Lei limitou o chamamento dos colaterais ao sexto grau, o que, na época, foi considerado uma inovação importante.

a inexistência de irmãos e casamento sob o regime da separação, no pressuposto de não existir testamento”. (CAHALI; HIRONAKA, 2014, p. 187).

Mantendo a ordem do Código Civil de 1916, com a modificação de 1946, por não ser mais justificável na contemporaneidade que parentes distantes prevaleçam sobre o cônjuge sobrevivente, o Código Civil de 2002 adota a seguinte ordem em seu art. 1.829: i] descendentes; ii] ascendentes; iii] cônjuge sobrevivente; e iv] parentes colaterais até o quarto grau.

Contudo, embora a importância das modificações realizadas a fim de contemplar de um modo mais adequado o cônjuge sobrevivente, observa-se falha legislativa em virtude da falta de inserção do companheiro sobrevivente na ordem de vocação hereditária estabelecida na sucessão legítima, vindo o Código Civil a regular a matéria no capítulo das “Disposições Gerais” em artigo específico.

Situar o companheiro ao lado do cônjuge teria sido o adequado, uma vez que tudo que se regulamenta sobre a união estável tem o casamento como referência, por ser este o mais forte paradigma de constituição de família.

Nas palavras de CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK e ROSALICE FIDALGO PINHEIRO:

ampliada a apreensão jurídica da família pela Constituição de 1988, um conjunto expressivo de transformações deveria ser recepcionado pelo direito sucessório para impor uma compreensão mais igualitária, no tratamento dos sucessores legítimos, notadamente, o cônjuge e o companheiro. (2009, p. 432).

Ademais, conforme mencionado no capítulo anterior, não é adequado dizer que o casamento é entidade familiar hierarquicamente superior, pois todos os organismos sociais que constituem família têm a função de promover a dignidade dos seus membros. Admitir a superioridade do casamento significa proteger mais, ou prioritariamente, determinadas pessoas em detrimento de outras, o que não é admitido pela interpretação do texto constitucional.

De todo modo, verifica-se que enquanto a Constituição de 1988 e as Leis de 1994 e 1996 disciplinaram a união estável no sentido de igualar os direitos do companheiro aos do cônjuge, o Código Civil de 2002 tornou a direção oposta, silenciando acerca dos companheiros na ordem de vocação hereditária.

Apresenta-se um paradoxo, pois “o desenho constitucional da família não alcança a sucessão legítima, antes, percorre-se verdadeira distância entre o Código Civil e a Constituição nessa matéria” (RUZYK; PINHEIRO, 2009, p. 432).



Diante disso, a fim de melhor compreender os direitos sucessórios do companheiro estável, bem como as inconsistências e discriminação que o art. 1.790 inaugura, serão analisados, previamente, os direitos sucessórios do cônjuge para, somente após, analisar os previstos para quem vive em união estável.

### **3.2. A SUCESSÃO DO CÔNJUGE À LUZ DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

O cônjuge, herdeiro legítimo e necessário, está posicionado em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária estabelecida pelo art. 1.829 do Código Civil. Entretanto, a concorrência estabelecida pela Lei o emparelha com o descendente, e, na falta deste, com o ascendente do falecido, elevando-o ao primeiro nível da ordem de vocação hereditária.

O cônjuge é aquele que mantém o vínculo jurídico matrimonial com o falecido, decorrente de casamento válido e eficaz.

No plano da validade, excluem-se, portanto, dos direitos sucessórios, os cônjuges cujo casamento foi reconhecido como nulo (art. 1.548) ou anulável (art. 1.550). Ainda, no plano da eficácia, o direito do cônjuge em ser herdeiro legítimo somente existe se, ao tempo da abertura da sucessão, o cônjuge e o falecido não estavam separados judicialmente ou separados de fato há mais de dois anos, salvo prova da culpa do falecido nesse caso, consoante o art. 1.830 do Código Civil.

Pontua-se que existe divergência na doutrina acerca da aplicação desse art. 1.830 em virtude da vinculação do prazo de dois anos para a separação de fato e em virtude da possibilidade de apreciação de eventual culpa do falecido, por estar em desarmonia com outras regras do próprio Código e ao fato de que há tempos vem se permitindo o divórcio direito sem questionamento do motivo da ruptura (CAHALI; HIRONAKA, 2014, p. 206).<sup>10</sup>

Por fim, previamente à análise específica dos direitos sucessórios do cônjuge, cabe esclarecer que a sua eventual qualidade de meeiro, titular de uma

---

<sup>10</sup> “Mais grave é condicionar a exclusão do cônjuge separado de fato da sucessão à ausência de culpa na separação, uma vez que tal previsão normativa introduziu elemento de difícil comprovação, que há muito é criticado pela melhor doutrina e jurisprudência de Direito de Família. Com efeito, a partir da concepção do afeto entre os cônjuges como o fundamento do casamento, que se apoia na plena comunhão de vida, abandona-se cada vez mais a noção de culpa na dissolução da sociedade conjugal”. (NEVARES, 2015. p. 91).

parcela dos bens em decorrência de sua meação, ficará preservada independentemente da forma que se dará a sucessão.

### 3.2.1. Cônjuge em concorrência com os descendentes

O inciso I do art. 1.829 do Código Civil dispõe que a sucessão legítima defere-se, em primeiro lugar:

I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

A concorrência com os descendentes não ocorre em duas situações: i] se os cônjuges foram casados sob os regimes matrimoniais de bens de comunhão universal ou separação obrigatória; e ii] se, casados sob o regime matrimonial de bens de comunhão parcial ou separação de bens, o falecido não tiver deixado bens particulares.

A partir do disposto no mencionado inciso, verifica-se que, em relação à concorrência com os descendentes, a legislação brasileira vincula a convocação do cônjuge sobrevivente de acordo com o regime matrimonial de bens adotado aliado à existência de patrimônio particular quando o regime estabelecido for o da comunhão parcial.

Segundo PAULO LÔBO (2014, p. 128-129), essa vinculação ao regime de bens encontra-se em sentido oposto ao disposto nas legislações de outros países que disciplinam a sucessão concorrente, pois acaba sendo um “elemento complicador e fonte de divergências que estariam superadas se não tivesse sido previsto na lei”.

Ainda, de acordo com FABRÍCIO BOECKEL:

muito mais claro e coerente se deixasse de lado o regime de bens para se importar apenas com a real existência de bens particulares do morto, sobre os quais deveria incidir a concorrência, exceto no caso de separação obrigatória, quando então o viúvo restaria afastado da sucessão legítima pela presença de descendentes” (2011, p. 83).

De todo modo, GISELDA HIRONAKA sustenta como justificativa da vinculação que os cônjuges que eram casados pelo regime da comunhão universal de bens ou pelo regime da separação obrigatória acabam afastados da concorrência em virtude do legislador brasileiro entender que já estão devidamente protegidos:

com efeito, se os cônjuges eram casados pelo regime da comunhão universal de bens, o legislador entende que a confusão patrimonial já se operara desde a celebração das núpcias, garantindo-se ao cônjuge sobrevivente, pela meação que lhe assiste, a proteção necessária e cabível na espécie (...). De outra forma, os casados pelo regime da separação obrigatória de bens estão impedidos por lei de estabelecer regime patrimonial diverso e acabam afastados pelo legislador da concorrência com os descendentes. (2007, p. 102).

Por outro lado, no que diz respeito aos cônjuges casados pelo regime da comunhão parcial de bens, o legislador brasileiro impõe um tratamento dual ao condicionar a concorrência à existência de bens particulares ou não do falecido. Nesse sentido, FRANCISCO CAHALI e GISELDA HIRONAKA:

O Código Civil cria um direito sucessório entre os cônjuges de forma não recíproca, pois, no regime da comunhão parcial, um herda do outro se este possuir bens particulares, mas, se aquele primeiro não tiver patrimônio próprio, o segundo será privado da convocação. Não podemos aplaudir a exagerada casuística introduzida ao condicionar uma contingência fática – existência de bens particulares – à convocação do herdeiro. Mas foi esta a regra imposta pelo legislador. (2014, p. 199).

A partir disso, PAULO LÔBO sustenta que:

em relação aos descendentes do *de cujus*, a finalidade da lei é assegurar ao cônjuge sobrevivente patrimônio mínimo, quando, em razão do regime matrimonial adotado, não haja bens comuns ou estes sejam em proporção inferior aos bens particulares, salvo na hipótese de separação total. (2014, p. 129).

Além disso, embora também haja divergência doutrinária quanto sua aplicação<sup>11</sup>, o Enunciado n. 270<sup>12</sup>, aprovado durante a III Jornada de Direito Civil

<sup>11</sup> A redação ambígua do dispositivo provoca divergências e controvérsias na doutrina. Posicionam-se no sentido de que o cônjuge, no regime da comunhão parcial, herda somente bens particulares: Eduardo de Oliveira Leite, Flávio Tartuce, Giselda Hironaka, Jorge Shiguemitsu Fujita, José Fernando Simão, Mário Delgado, Rodrigo da Cunha Pereira, Zeno Veloso, entre outros. Por outro lado, posicionam-se no sentido de que o cônjuge herda bens particulares e comuns: Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Inácio de Carvalho Neto, Luiz Paulo Vieira de Carvalho, Maria Helena Diniz, Mario Roberto Carvalho de Faria, entre outros. (CAHALI; HIRONAKA, 2014. p. 225-226).

<sup>12</sup> “O art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecido possuir bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.”

promovida pelo Conselho da Justiça Federal, reforça a concorrência tão somente em relação aos bens particulares.

Logo, a orientação interpretativa aponta que são os bens particulares que são objeto da sucessão concorrente, sendo o regime de bens o pressuposto a ser verificado na concorrência sucessória com os descendentes.

Considerando que o regime matrimonial da comunhão parcial de bens é o regime legal supletivo desde a Lei do Divórcio de 1977, representa o regime de bens mais adotado no Brasil e, ao mesmo tempo, o que sofreu o maior impacto em razão dos efeitos da sucessão concorrente dos cônjuges com os descendentes.

Assim, pois desse regime podem resultar até três massas, sendo duas particulares e uma comum: i] bens adquiridos até o casamento são particulares, bem como os adquiridos posteriormente com valores derivados de suas alienações; ii] bens adquiridos após o casamento se comunicam, portanto, são comuns; e iii] bens adquiridos após o casamento em virtude de herança ou doação são particulares.

Por isso a importância na análise da quota sucessória do cônjuge decorrente da concorrência com os descendentes no regime da comunhão parcial de bens.

Ademais, ressalta-se que para fins comparativos com os direitos sucessórios decorrentes da união estável se trata do regime relevante já que para a relação estável vigora a o disposto no art. 1.725 do Código Civil, que indica a aplicação do mencionado regime no que couber.

Por fim, consigna-se que em relação aos descendentes, em primeiro lugar são chamados os filhos do autor da herança. Na falta destes, serão chamados os netos e, posteriormente, os bisnetos.<sup>13</sup>

Os filhos sucedem por cabeça, enquanto os demais descendentes sucedem por cabeça ou por estirpe – direito de representação –, caso encontrem-se ou não no mesmo grau, consoante o art. 1.835 do Código Civil.

Na sucessão por cabeça, a herança se divide em tantas partes quantos forem os herdeiros. Se à herança concorrem descendentes de graus diversos, a sucessão se processa por estirpe. Cabe a cada estirpe aquilo que herdaria o representado respectivo, se vivo fosse.

---

<sup>13</sup> O §6º do art. 227 da Constituição de 1988 proíbe qualquer designação discriminatória relativas à filiação, estabelecendo a igualdade de direitos aos filhos, independentemente da natureza. Portanto, possuem iguais direitos sucessórios. No mesmo sentido, o art. 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente e o art. 1.834 do Código Civil.

### 3.2.1.1. *Cônjuge concorrendo com descendentes comuns com o falecido*

O art.1.832 do Código Civil dispõe que:

Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.

Portanto, no caso do falecido ter deixado apenas descendentes comuns, “ao cônjuge sobrevivente caberá um quinhão igual ao dos demais herdeiros, fazendo jus à quota mínima de uma quarta parte da herança se for ascendente de todos os herdeiros com que concorrer”. (GOMES, 2015, p. 59).

Por exemplo, se o casal tinha três filhos, e um falece, a herança será dividida, em partes iguais, entre o sobrevivente e os filhos. Logo, o cônjuge é considerado como mais um descendente e recolhe a mesma quota que vier a caber a cada um desses descendentes. (ALMEIDA, 2003, p. 222).

A respeito, PAULO LÔBO discorre que essa disposição impressiona, pois, havendo apenas um filho comum, cabe ao cônjuge metade da herança, o que revela a vantagem patrimonial desfrutada pelo cônjuge em relação aos filhos a partir do Código Civil de 2002:

Essa aquisição sucessória impressiona, tendo em vista duas circunstâncias: a) o crescente número de famílias com apenas um filhos; b) a predominância considerável do regime matrimonial da comunhão parcial de bens, que assegura ao cônjuge sobrevivente a meação do patrimônio adquirido a partir da celebração do casamento, salvo os bens advindos de doação ou herança. (...) A família, com filhos numerosos, que o direito das sucessões tinha como paradigma, está em profundo declínio. Se assim é, a quota sucessória concorrente do cônjuge sobrevivente tende a ser metade da herança deixada (um filho) ou um terço (dois filhos). (2014, p. 139).

Porém, se o falecido deixou quatro filhos, e tendo de ser reservado um quarto da herança para o cônjuge sobrevivente, os três quartos restantes serão repartidos entre os quatro filhos.

Evidente que se trata de hipótese rara, por ser aplicável apenas às famílias numerosas, onde o cônjuge sobrevivente e o falecido tiveram pelo menos quatro filhos comuns (p. 139).

Por fim, caso um dos filhos houver falecido antes do autor da herança, seus filhos, netos deste, terão conjuntamente o mesmo valor da quota dos demais filhos sobreviventes em virtude do direito de representação (p. 139).

Nessa hipótese, o cônjuge, nas mesmas condições as anteriores, tem garantido parcela correspondente ao que vier a receber o herdeiro de menor grau. Isto é, “concorrendo filhos e netos do *de cujus*, ao cônjuge cabe a mesma quota do filho, que herda por cabeça, e não por estirpe, como o neto”. (ALMEIDA, 2003, p. 223).

### 3.2.1.2. *Cônjuge concorrendo com descendentes exclusivos do falecido*

No caso do falecido ter deixado apenas descendentes exclusivos, o cônjuge sobrevivente permanecerá tendo direito à sucessão concorrente, porém, não terá direito à quota mínima de um quarto da herança. (GOMES, 2015, p. 59).

A sucessão também se dará por cabeça, dividindo-se a herança em tantas partes quantos forem os herdeiros. Portanto, a quota do cônjuge será igual à dos enteados, independentemente do número.

Por exemplo, se o falecido tinha quatro filhos e sendo a herança dividida em partes iguais com o cônjuge sobrevivente, cada um receberá um quinto da herança.

A propósito dessa hipótese de concorrência, FABRÍCIO BOECKEL menciona:

É bem verdade que nesse ponto mais uma vez o legislador pecou pela imprecisão, pois deixou de explicitar se essa especial vantagem só seria conferida ao viúvo quando todos os demais herdeiros fossem também seus descendentes ou se o benefício agraciaria o cônjuge desde que algum dos descendentes fosse comum a ele e ao morto, embora os demais não. (2011, p. 83).

Entretanto, PAULO LÔBO (2014, p. 139) menciona que não se aplica o direito à quota mínima, pois esta restrição aos direitos dos filhos comuns somente se justifica porque herdarão do cônjuge sobrevivente quando este falecer. No mesmo sentido, GISELDA HIRONAKA:

Trata-se de uma opção do legislador que se explica pela presunção legal de que a reserva da quarta parte apenas ao ascendente dos descendentes comuns (ao falecido e ao sobrevivente) será, mais cedo ou mais tarde,

deferida a esses descendentes, posto que serão herdeiros do ascendente-herdeiro concorrente. (2007, p. 104).

Por fim, da mesma forma que na concorrência com os descendentes comuns, caso um dos filhos houver falecido antes do autor da herança, o cônjuge tem garantido parcela correspondente ao que vier a receber o filho, que herda por cabeça”. (ALMEIDA, 2003, p. 223).

### *3.2.1.3. Cônjuge concorrendo com descendentes comuns e exclusivos do falecido*

O Código Civil é omissivo em relação ao caso de o cônjuge sobrevivente concorrer com descendentes comuns e exclusivos do falecido, restando configurada uma lacuna em nosso ordenamento. GISELDA HIRONAKA (2014, p. 372) afirma que “a grande dúvida, nesses casos, reside, então, no fato de se buscar saber se deve prevalecer, ou não, a reserva da quarta parte dos bens a inventariar em favor do cônjuge sobrevivente”.

Prevalece o entendimento de que no caso do falecido ter deixado descendentes comuns e exclusivos, o cônjuge sobrevivente permanecerá tendo direito à sucessão concorrente, porém, também não terá direito à quota mínima de um quarto da herança. (GOMES, 2015, p. 59).

Diante disso, a sucessão também se dará por cabeça, dividindo-se a herança em tantas partes quantos forem os herdeiros. Portanto, a quota do cônjuge será igual à dos filhos, independentemente do número.

Por exemplo, se o falecido tinha três filhos exclusivos e um comum e sendo a herança dividida em partes iguais com o cônjuge sobrevivente, cada um receberá um quinto da herança.

Embora também haja divergência doutrinária quanto à não aplicação do direito à quota mínima de um quarto<sup>14</sup>, o Enunciado n. 527<sup>15</sup>, aprovado durante a V

---

<sup>14</sup> A redação ambígua do dispositivo provoca divergências e controvérsias na doutrina. Posicionam-se no sentido de que na filiação híbrida não há reserva de um quarto da herança: Caio Mario da Silva Pereira, Christiano Cassettari, Flávio Tartuce, Jorge Shiguemitsu Fujita, Maria Berenice Dias, Maria Helena Diniz, Rodrigo da Cunha Pereira, Rolf Madaleno, Zeno Veloso, entre outros. Por outro lado, posicionam-se no sentido de que na filiação híbrida há reserva de um quarto da herança: Francisco José Cahali, José Fernando Simão, Sílvio de Salvo Venosa, entre outros. (CAHALI; HIRONAKA, 2014. p. 225-226).

Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal, reforça o entendimento de que não será reservada a quarta parte da herança.

Por fim, da mesma forma que na concorrência com os descendentes comuns, caso um dos filhos houver falecido antes do autor da herança, o cônjuge tem garantido parcela correspondente ao que vier a receber o filho, que herda por cabeça”. (ALMEIDA, 2003, p. 223).

### 3.2.2. Cônjuge em concorrência com os ascendentes

O inciso II do art. 1.829 do Código Civil dispõe que a sucessão legítima defere-se, em segundo lugar, aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge, sendo os arts. 1.837 e 1.838 do diploma legal que dispõe acerca da concorrência.

A sucessão concorrente entre ascendentes e cônjuge sobrevivente é feita por linhas e não por cabeça, como na hipótese de concorrência com descendentes.

SILVIO RODRIGUES (2002, p. 109) pontua que, em relação aos ascendentes, não existe direito de representação, logo, “o ascendente de grau mais próximo exclui o de grau mais remoto, sem distinção de linhas”.

A propósito, ainda, JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA (2003, p. 207) discorre que “os ascendentes são divididos em duas linhas, a paterna e a materna, e a herança, repartida entre essas duas linhas, é partilhada entre os ascendentes que a integram, desde que tenham todos o mesmo grau de parentesco”.

O art. 1.836 disciplina a ordem de vocação hereditária na classe dos ascendentes:

Art. 1.836. Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente.

§ 1º Na classe dos ascendentes, o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de linhas.

§ 2º Havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdam a metade, cabendo a outra aos da linha materna.

Em relação à concorrência do cônjuge sobrevivente com os ascendentes, esta não depende da verificação do regime matrimonial de bens e a quota de

---

<sup>15</sup> “Art. 1.832. Na concorrência entre o cônjuge e os herdeiros do de cujus, não será reservada a quarta parte da herança para o sobrevivente no caso de filiação híbrida.”



participação é fixa, de acordo com o grau na classe dos ascendentes, conforme o art. 1.837:

Art. 1.837. Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau, ou, na falta de descendentes, concorre com os ascendentes.

Por exemplo, concorrendo com os ascendentes de primeiro grau, pai e mãe do falecido, terá o cônjuge direito a um terço da herança. Porém, concorrendo com um só ascendente ou com ascendente de maior grau, terá o cônjuge direito a metade da herança, cabendo a outra metade aos ascendentes. (GOMES, 2015, p. 60).

Logo, o cônjuge sobrevivente, concorrendo com apenas um dos ascendentes em primeiro grau ou apenas com ascendentes de maior grau, independentemente da quantidade, terá direito a metade da herança. (CAHALI; HIRONAKA, 2014, p. 202).

Além disso, também diferentemente do que ocorre na concorrência com os descendentes, “a quota conferida ao cônjuge, quando concorrer com ascendente, tem por base de cálculo todo o patrimônio deixado pelo *de cujus*, incluindo a parte deste sobre os bens comuns e os particulares, adquiridos antes ou após o casamento”. (LÔBO, 2014, p. 129).

### 3.2.3. Ausência de descendentes e ascendentes

O inciso III do art. 1.829 do Código Civil dispõe que a sucessão legítima defere-se, em terceiro lugar, ao cônjuge sobrevivente, tendo direito a receber, consoante o art. 1.838, a totalidade da herança:

Art. 1.838. Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente.

Irmãos, sobrinhos, tios e primos do falecido, se houver, não serão chamados à sucessão, porque a classe do cônjuge como herdeiro único tem preferência sobre a dos colaterais.

Logo, não estando o cônjuge e o falecido separados judicialmente ou separados de fato, nos termos do art. 1.830, e não havendo herdeiros das duas primeiras classes, atribui-se ao cônjuge sobrevivente a totalidade da herança, “seja qual for o regime matrimonial, comunitário, ou não, de separação pactuada, ou obrigatória, ou ainda, da participação final nos aquestos”. (GOMES, 2015, p. 66).

Ante o exposto, verifica-se que o Código Civil disciplinou a tutela sucessória do cônjuge sobrevivente lhe atribuindo uma quota da herança em propriedade plena, prevendo sua concorrência com os descendentes e ascendentes, bem como lhe atribuindo toda a herança na ausência de tais parentes.

A partir disso, passa-se à análise da tutela sucessória do companheiro estável.

### **3.3. A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO ESTÁVEL À LUZ DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

O Código Civil de 1916 tratava do concubinato apenas para restringir direitos da concubina, privando-a de doações e disposições testamentárias quando casado o parceiro. Com a evolução do direito sucessório, houve a admissão da caracterização de sociedade de fato e a jurisprudência passou a permitir a partilha dos bens adquiridos com o esforço comum durante a convivência, conforme a súmula n. 380 do STF.

Com a Constituição de 1988, a união estável foi elevada ao *status* de entidade familiar, desprovida de sentido pejorativo, recebendo proteção do Estado, conforme o §3º do art. 226. No entanto, não havia lei expressa que concedesse aos companheiros direitos sucessórios, em que pese a assimilação da união estável como entidade familiar. (NEVARES, 2015, p. 10).

Assim, advieram as Leis n. 8.971 de 1994 e n. 9.278 de 1996, que trouxeram nova definição e interpretação ao instituto, regulamentando a regra constitucional, passando o companheiro a ser convocado a suceder diante da ausência de descendentes e ascendentes do companheiro falecido e sendo a meação a ser regra em relação aos bens adquiridos de modo oneroso na constância da união.

Com o Código Civil de 2002 houve a estruturação da sucessão legítima dos companheiros de união estável em artigo específico.

O Código disciplina o direito das sucessões em quatro Títulos, que tratam, respectivamente, da sucessão em geral, da sucessão legítima, da sucessão testamentária e do inventário e partilha.

O companheiro, entendido como herdeiro legítimo, foi posicionado, de modo inexplicável, fora da ordem de vocação hereditária estabelecida pelo art. 1.829, disposta no Título II. Ainda, não é herdeiro necessário, pois não está elencado no art. 1.845, não podendo a condição lhe ser estendida, podendo o testador excluí-lo da sucessão.

Os direitos hereditários entre companheiros, embora reconhecidos, são disciplinados em local diverso, no capítulo das Disposições Gerais do Título I, concernente à sucessão em geral e não no da sucessão legítima. Precisamente, o art. 1.790 dispõe acerca da participação na sucessão do falecido:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:  
I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;  
II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;  
III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;  
IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Portanto, nas palavras de PAULO LÔBO (2014, p. 146), “na ordem de vocação sucessória, o companheiro não está em terceiro lugar, após as classes dos descendentes e ascendentes, mas após todos os ‘parentes sucessíveis’, ou seja, após os parentes em quarto grau do *de cujus*”.

De acordo com o *caput* do art. 1.790, o direito do companheiro em ser herdeiro legítimo somente existe se, ao termo da abertura da sucessão, o companheiro e o falecido estavam vivendo em união estável. É necessário que o companheiro sobrevivente faça prova de sua qualidade pelos meios próprios de reconhecimento.<sup>16</sup> De acordo com FRANCISCO CAHALI e GISELDA HIRONAKA:

---

<sup>16</sup> A redação ambígua do dispositivo provoca divergências e controvérsias na doutrina. Posicionam-se no sentido de que o companheiro é herdeiro necessário: Caio Mario da Silva Pereira, Giselda Hironaka, Luiz Paulo Vieira de Carvalho, Maria Berenice Dias, entre outros. Por outro lado, posicionam-se no sentido de que o companheiro não é herdeiro necessário: Christiano Cassettari, Eduardo de Oliveira Leite, Flávio Tartuce, Francisco José Cahali, Jorge Shigumitsu Fujita, José

Diverge aqui da situação das pessoas casadas, pois o matrimônio exige processo necessário à sua desconsideração, surgindo implicações decorrentes do falecimento de um dos cônjuges durante o processo de separação ou divórcio (...). Na união estável, basta o rompimento de fato do vínculo, para de imediato, privar-se o companheiro do direito sucessório, independentemente de estar ou não em curso ação de reconhecimento e dissolução da união estável. (2014, p. 215-216).

Ainda, pela leitura do *caput*, verifica-se que o companheiro participa da sucessão de “apenas de uma parcela da herança, e não de sua integralidade, restrita ao patrimônio adquirido na vigência da união a título oneroso” (p. 216).

Por aquisição onerosa entende-se o patrimônio acrescido a título oneroso, excluídos os bens sub-rogados ao patrimônio particular. Logo, o companheiro nada recebe sobre os bens particulares do falecido. A propósito, PAULO LÔBO discorre:

os bens objeto da sucessão são exclusivamente os adquiridos ‘onerosamente’ durante a vigência da união estável, o que exclui os bens particulares deixados pelo *de cujus*, ou seja, adquiridos antes do início da união estável, ou em virtude de herança ou doação, ou os que foram adquiridos com os valores de alienações de tais bens (sub-rogados em seu lugar). (2014, p. 146).

Desse modo, “se o companheiro falecido não tivesse amealhado quaisquer bens na constância da união estável, mas possuísse um enorme patrimônio anterior, o companheiro sobrevivente restará afastado da sucessão”. (HIRONAKA, 2007, p. 107).

Ademais, a limitação da sucessão aos bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união é muito criticável, vez que em relação a esses bens o companheiro, segundo o art. 1.725, já é meeiro, pois a divisão do patrimônio dos companheiros dá-se pelas regras atinentes ao regime da comunhão parcial de bens (GOMES, 2015, p. 70). Isto é, caso não seja adotado outro regime, esta opção deverá reger a partilha dos bens.

Todavia, “em nada importa o regime patrimonial, se da comunhão parcial ou de outra previsão contratual, sendo irrelevante, ainda, eventual titularidade do viúvo sobre a parte deste acervo”. (CAHALI; HIRONAKA, 2014, p. 216).

Por fim, previamente à análise específica dos direitos sucessórios do companheiro, cabe esclarecer que a concorrência sucessória sempre existe, pois os direitos hereditários dos companheiros foram estabelecidos, em princípio, em

concorrência e não com exclusividade, independentemente do regime de bens adotado por contrato de convivência ou tacitamente. (ALMEIDA, 2003, p. 69).

### 3.3.1. Companheiro em concorrência com descendentes comuns com o falecido

O inciso I do art. 1.790 do Código Civil dispõe que, concorrendo com filhos comuns, o companheiro sobrevivente terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho comum:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

Portanto, observa-se que a sucessão se dá por cabeça. Por exemplo, se os companheiros tinham dois filhos comuns, e um falece, a herança será dividida, em partes iguais, entre o sobrevivente e os filhos. Logo, havendo dois filhos, o companheiro terá direito a um terço da herança; havendo três filhos comuns, herdará um quarto da herança; e assim respectivamente.

Ressalta-se que o *caput* do artigo restringe a participação do companheiro aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, dando-se a concorrência com os filhos comuns tão somente em relação a esses bens.

Ademais, embora o inciso utiliza o termo “filho” ao invés de “descendente”, o Enunciado n. 266<sup>17</sup>, aprovado durante a III Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal, esclarece que se tratou de mera falha legislativa, apontando que o dispositivo aplica-se também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns.

Assim, caso um dos filhos houver falecido antes do autor da herança, seus filhos, netos deste, terão conjuntamente o mesmo valor da quota dos demais filhos sobreviventes em virtude do direito de representação. (LÔBO, 2014, p. 139).

Em comparação à sucessão concorrente do cônjuge sobrevivente com os descendentes comuns, verifica-se que o companheiro não terá direito à quota

---

<sup>17</sup> “Aplica-se o inc. I do art. 1.790 também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns, e não apenas na concorrência com filhos comuns.”

mínima de um quarto da herança do *de cujus* quando houver quatro ou mais filhos comuns, prevista para o cônjuge (HIRONAKA, 2007, p. 107).<sup>18</sup>

### 3.3.2. Companheiro em concorrência com descendentes exclusivos do falecido

O inciso II do art. 1.790 do Código Civil dispõe que, concorrendo com descendentes exclusivos do falecido, o companheiro sobrevivente terá direito a metade da quota que por lei for atribuída a cada descendente:

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

Portanto, observa-se que “a partilha se faz na proporção de dois pra um, entregando-se ao companheiro sobrevivente uma parte da herança e, a cada um dos descendentes, o dobro do que a ele couber”. (GONÇALVES, 2008, p. 174).

Por exemplo, se o falecido tinha um filho, o companheiro sobrevivente terá direito a um terço da herança; havendo dois filhos exclusivos, o companheiro sobrevivente terá direito a um quinto da herança; havendo três filhos exclusivos, o companheiro terá direito a um sétimo da herança; e assim respectivamente.

Caso um dos filhos houver falecido antes do autor da herança, seus filhos, netos deste, terão conjuntamente o mesmo valor da quota dos demais filhos sobreviventes em virtude do direito de representação. (LÔBO, 2014, p. 139).

Em comparação à sucessão concorrente do cônjuge sobrevivente com os descendentes exclusivos do falecido, verifica-se que, diferentemente do cônjuge, o companheiro não terá direito à mesma quota dos descendentes.

---

<sup>18</sup> “Segundo determinada corrente doutrinária e jurisprudencial, em determinadas hipótese é possível que o companheiro esteja em situação mais vantajosa que estaria o cônjuge casado pelo regime da comunhão parcial de bens, pois o companheiro partilharia com os descendentes os bens comuns, dos quais, em regra, já possui meação. Todavia, não há qualquer segurança quanto à interpretação a ser seguida em determinado caso concreto que seja submetido ao Judiciário.” (NEVARES, 2015. p. 118-119).

### 3.3.3. Companheiro em concorrência com descendentes comuns e exclusivos do falecido

O Código Civil é omissivo em relação ao caso de o companheiro sobrevivente concorrer com descendentes comuns e exclusivos do falecido, restando configurada uma lacuna em nosso ordenamento.

Considerando que não se pode aplicar a solução de cada situação aos respectivos descendentes, vez que a regra do art. 226, §6º, da Constituição de 1988 equipara os direitos sucessórios entre os filhos, independentemente da origem (PEREIRA, 2009, p. 586)<sup>19</sup>, intensa controvérsia existe na doutrina a respeito<sup>20</sup>.

Para FRANCISCO CAHALI e GISELDA HIRONAKA (2014, p. 219), o critério de divisão deverá ser aquele disposto no inciso I, não cabendo na abrangência do inciso II, pois este “expressamente se refere à disputa com descendentes só do autor da herança. Mas se contem na amplitude do inciso I, em razão de esta regra não restringir a concorrência só com filhos comuns.” Do mesmo modo, o entendimento de PAULO LÔBO:

a orientação mais razoável é a que confere ao companheiro sobrevivente quota equivalente ao do filho comum, que homenageia o princípio da igualdade dos filhos do *de cuius*, que herdam igualmente, independentemente da origem, o que reflete na quota concorrente do companheiro. (2014, p. 148).

Desse modo, pela exegese do art. 1.790 do Código Civil, o critério de divisão não resta claro, embora se verifique que a doutrina majoritária se posiciona em defesa da aplicação do inciso I, que estabelece a concorrência do companheiro com os descendentes comuns.

<sup>19</sup> No mesmo sentido, ORLANDO GOMES: “Não há previsão para o caso de concorrer o companheiro com descendentes comuns e descendentes só do autor da herança. Não se pode aplicar a solução de cada situação para os respectivos descendentes, pois haveria desigualdade de quinhões hereditários entre os filhos, o que fere a regra constitucional.” (2015. p. 70),

<sup>20</sup> A redação ambígua do dispositivo provoca divergências e controvérsias na doutrina. Posicionam-se no sentido de que na filiação híbrida aplica-se o inciso I do art. 1.790: Caio Mario da Silva Pereira, Christiano Cassettari, Francisco José Cahali, Jorge Shiguemitsu Fujita, José Fernando Simão, Maria Berenice Dias, Mário Delgado, Rodrigo da Cunha Pereira, Sílvio de Salvo Venosa, entre outros. Por outro lado, posicionam-se no sentido de que na filiação híbrida aplica-se o inciso II do art. 1.790: Flávio Tartuce, Gustavo René Nicolau, Maria Helena Diniz, Zeno Veloso, entre outros. (CAHALI; HIRONAKA, 2014. p. 227-228).

### 3.3.4. Companheiro em concorrência com outros parentes sucessíveis

O inciso III do art. 1.790 do Código Civil dispõe que, concorrendo com outros parentes sucessíveis, em razão da ausência de descendentes, o companheiro sobrevivente terá direito a uma quota fixa equivalente a um terço da herança:

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

Por “outros parentes sucessíveis”, compreendem-se os colaterais até o quarto grau. O chamamento desses parentes se dá segundo a ordem estabelecida no art. 1.829, não podendo haver chamamento simultâneo de ascendentes e de colaterais. (PEREIRA, 2009, p. 586).

Portanto, seja concorrendo com um ascendente do falecido, seja com um primo ou com um tio-avô, com quem o falecido poderia não manter quaisquer espécies de relações (HIRONAKA, 2007, p. 108), o companheiro receberá a mesma quota de um terço da herança. “Vale dizer, dividirá sua limitada herança com irmãos, tios ou até primos do falecido, os mais próximos dos colaterais excluindo os mais remotos” (CAHALI; HIRONAKA, 2014, p. 217).

Salienta-se que um terço não de toda a herança, mas tão somente dos bens adquiridos na vigência da união estável a título oneroso, em virtude do disposto no *caput* do art. 1.790.

Assim, para CARLOS ROBERTO GONÇALVES:

agraria melhor o legislador, todavia, se atribuisse ao companheiro sobrevivente a metade do patrimônio deixado pelo falecido, e não apenas um terço, considerando-se o fato de ter sido adotado, como regra, o regime da comunhão parcial de bens, bem como a circunstância de ter ele vivido toda uma existência ao lado do *de cujus*, enquanto os outros parentes sucessíveis em nada contribuíram para a formação do aludido patrimônio. (2008, p. 176).

Ainda, nota-se que o dispositivo representa um retrocesso em relação à legislação anterior – Lei 9.278 de 1996 –, que situava o companheiro em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, à frente dos colaterais.

Por fim, em comparação à sucessão concorrente do cônjuge sobrevivente com os ascendentes, verifica-se que quando há a concorrência com o pai e mãe do falecido, ao cônjuge não é atribuída nenhuma vantagem em relação ao



companheiro. Ambos terão direito a um terço da herança. Entretanto, em todas as demais hipóteses, o cônjuge sempre terá tratamento mais benéfico. (COELHO, 2012, p. 577).

Assim, a respeito, FABRÍCIO BOECKEL (2011, p. 90) enuncia que é indiscutivelmente criticável “a rigidez da lei ao estabelecer uma quota fixa para o convivente, sem prever a possibilidade de alterá-la”.

### 3.3.5. Ausência de parentes sucessíveis

O inciso IV do art. 1.790 do Código Civil dispõe que, não havendo parentes sucessíveis, o companheiro sobrevivente terá direito à totalidade da herança:

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Portanto, observa-se que não havendo colaterais até o quarto grau, o companheiro sobrevivente é convocado como sucessor único, independentemente do regime de bens.

Em comparação à sucessão do cônjuge sobrevivente, verifica-se que a lei não reconhece preferência ao companheiro em relação aos colaterais de quarto grau, não sendo convocado como sucessor único pela ausência de descendentes ou ascendentes, como ocorre ao cônjuge. (COELHO, 2012, p. 579).

Ademais, infere-se que o inciso alude à totalidade da herança, entretanto, o *caput* alude aos bens adquiridos onerosamente. Assim, no caso de a totalidade da herança mencionada no inciso ser aquela prevista no *caput*, sendo maior o patrimônio do falecido, os bens não contemplados serão tidos como herança vacante, havendo sucessão concorrente entre o companheiro e o Estado. (CAHALI; HIRONAKA, 2013, p. 217-218).

Em virtude dessa ambiguidade, intensa controvérsia exista na doutrina a respeito a saber se a totalidade da herança inclui os bens particulares ou não.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> A redação ambígua do dispositivo provoca divergências e controvérsias na doutrina. Posicionam-se no sentido de há concorrência com o Poder Público: Francisco José Cahali, Giselda Hironaka, Inácio de Carvalho Neto, Mário Delgado, Rodrigo da Cunha Pereira, Zeno Veloso, entre outros. Por outro lado, posicionam-se no sentido de que não há concorrência com o Poder Público: Caio Mario da Silva Pereira, Christiano Cassettari, Eduardo de Oliveira Leite, Flávio Tartuce, Jorge Shiguemitsu Fujita, José Fernando Simão, Luiz Paulo Vieira de Carvalho, Maria Berenice Dias, Maria Helena Diniz,

PAULO LÔBO sustenta que o inciso contém exceção à regra do *caput*, logo:

quando não houver parentes sucessíveis o companheiro herda a totalidade dos bens particulares e dos adquiridos onerosamente. Se assim não for, nem mesmo a avilante posição do companheiro na ordem de vocação hereditária seria observada, pois uma parte da herança (bens particulares) comporia outra massa patrimonial destinada à Fazenda Pública. (2014, p. 147).

Ainda, ORLANDO GOMES defende que o companheiro terá direito à totalidade dos bens do falecido em razão do disposto no art. 1.844 do Código Civil, que prevê que a herança somente é devolvida ao Estado na ausência de qualquer herdeiro:

Apesar de o inciso aludir ao *caput* do artigo, que se atém somente aos bens adquiridos a título oneroso durante a união estável, cabe ao companheiro sobrevivente a totalidade dos bens, havidos a qualquer título, na constância ou não da união estável, caso não haja parentes com direito à sucessão. Essa interpretação se coaduna com o disposto no art. 1.844, inserido no capítulo da ordem de vocação hereditária, que estatui que a herança somente é devolvida ao Estado se não houver cônjuge, companheiro, nem parente algum sucessível. (2015, p. 71).

No mesmo sentido, discorre JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA:

Verifica-se que o direito de recolher a totalidade da herança parece que se dá apenas sobre os bens adquiridos onerosamente e durante a convivência concubinária. Se existirem bens de outra natureza, poder-se-ia imaginar que deveriam eles ser destinados ao Estado. Embora seja essa a interpretação literal do dispositivo, deve ser ele entendido em consonância com o art. 1.844 do novo Código, o qual estabelece que a herança será devolvida ao Estado apenas no caso de não sobreviver cônjuge, companheiro ou parente sucessível. (2003, p. 269).

Desse modo, pela exegese do dispositivo, entende-se que o companheiro sobrevivente terá direito à totalidade da herança, a qual inclui tanto os bens adquiridos onerosamente, como os bens particulares do falecido, pois, nas palavras de CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA (2009, p. 587), “não é justo que o Poder Público seja beneficiado com parte do patrimônio que era de uso exclusivo dos companheiros no convívio familiar”.

### 3.3.6. Companheiro em concorrência com o cônjuge sobrevivente

A concorrência do companheiro com o cônjuge sobrevivente parece permitida a partir da leitura combinada dos arts. 1.723, §1º, 1.790 e 1.830 do Código Civil, pois pode acontecer de uma pessoa separada de fato há menos de dois anos ou separada de fato há mais tempo por sua culpa, já estar vivendo em união estável na ocasião de sua morte. Nessa hipótese, o direito sucessório do cônjuge ainda não estaria afastado.

Ressalta-se que o relacionamento paralelo ao casamento não configura união estável, mas tão somente uma união livre ou o concubinato, os quais não geram nenhum direito sucessório. Para a configuração da união estável, indispensável que “os conviventes estejam desimpedidos para o casamento ou, quando há impedimento, esteja o impedido separado de fato de seu cônjuge”. (COELHO, 2012, p. 581).

O art. 1.790 é omissivo em relação a essa hipótese, razão pela qual intensa controvérsia existe na doutrina a respeito de sua admissão ou não. De qualquer forma, o Enunciado n. 525<sup>22</sup>, aprovado durante a V Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal, admite a concorrência.

Assim, FÁBIO ULHOA COELHO (2012, p. 582-583) suscita que a sucessão deve seguir as regras gerais, separando os bens em dois montes, um referente aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável e outro composto pelos demais bens. “Da destinação dos bens do primeiro monte não participa o cônjuge sobrevivente, assim como o companheiro não participa da do segundo.” Por consequência, defende que se não existirem outros familiares sucessíveis, o companheiro herda a totalidade dos bens do falecido adquiridos onerosamente na constância da união estável e o cônjuge, todos os demais.

Do mesmo modo, CARLOS ROBERTO GONÇALVES (2008, p. 178-179) recomenda que se dê preferência ao disposto no inciso IV do art. 1.790, por ser regra especial em relação ao art. 1.830, assegurando ao companheiro a totalidade da herança referente aos bens adquiridos na constância da união estável, na hipótese de não haver outros parentes sucessíveis, “enquanto o direito sucessório do cônjuge só alcançará os bens anteriores, adquiridos antes da data reconhecida judicialmente como de início da união estável”.

---

<sup>22</sup> “Arts. 1.723, § 1º, 1.790, 1.829 e 1.830. Os arts. 1.723, § 1º, 1.790, 1.829 e 1.830 do Código Civil admitem a concorrência sucessória entre cônjuge e companheiro sobreviventes na sucessão legítima, quanto aos bens adquiridos onerosamente na união estável.”

Em sentido diverso, JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA sustenta que:

Se houver filhos apenas do cônjuge, este recolhe quota igual à dos descendentes; e, o companheiro, metade desse valor. Se existirem filhos do companheiro sobrevivente, a este cabe quota igual à dos filhos e do cônjuge sobrevivente, cujo montante patrimonial não pode ser menor que um quarto da herança. Se concorrerem apenas o cônjuge e o companheiro, este deve recolher apenas um terço dos bens conseguidos durante a sociedade familiar da qual participou. (2003, p. 73).

Por outro lado, FRANCISCO CAHALI e GISELDA HIRONAKA sustentam que caracterizada a união estável, há que se prestigiar o companheiro em detrimento do cônjuge, pois o matrimônio é subsistente apenas no registro civil, não devendo ocorrer a sucessão concorrente:

se caracterizada a união estável do autor da herança, mesmo casado, mas não mais convivendo com o cônjuge, entendemos que este último fica excluído da herança, independentemente das ressalvas feitas no art. 1.830, destinando-se a sua titularidade potencial ao companheiro. Caso contrário, estar-se-á privando o partícipe da união estável que, também por previsão legal, é chamado a recolher a herança. (2014, p. 223).

De todo modo, ressaltam que a não ocorrência não irá privar o cônjuge de sua meação sobre o patrimônio adquirido na constância do casamento, “bens estes a cuja comunhão o companheiro não terá direito, pois adquiridos anteriormente à união estável”. (p. 224).

Por fim, verifica-se que a dificuldade nesses casos reside em identificar o momento em que se começa a separação de fato.

Ante o exposto, verifica-se que o Código Civil disciplinou a tutela sucessória do companheiro sobrevivente de forma diferenciada e diametralmente oposta se comparada ao cônjuge. O art. 1.790 limitou a sucessão aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, prevendo a sua concorrência não só com os descendentes e ascendentes, mas também com os colaterais, cabendo ao companheiro a totalidade da herança apenas quando não houver nenhum parente sucessível.

Diante disso, passa-se à análise da constitucionalidade da tutela sucessória do companheiro estável a partir de uma leitura em perspectiva civil-constitucional da sistematização estabelecida no Código Civil de 2002.

### 3.4. A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

#### 3.4.1. Delimitação da problemática trazida pelo artigo

Na contemporaneidade, em virtude de uma exigente regulamentação jurídica da vida privada e consequente transformação das estruturas vigentes, alterou-se o delineamento entre direito público e direito privado, fazendo com que o direito fosse caracterizado pela passagem das constituições ao centro do sistema jurídico, em substituição aos códigos. (CORTIANO JUNIOR, 1999, p. 228). A chamada descodificação.<sup>23</sup>

A Constituição, em virtude de sua superioridade hierárquica, assume papel de filtro através do qual se deve ler todo o direito infraconstitucional, de forma a agregar a ordem jurídica. Ou seja, “toda e qualquer norma ordinária deve passar a vista pela ótica dos valores constitucionalmente optados” (p. 231).

Segundo LUIZ EDSON FACHIN (2015, p. 12), o Código Civil deve passar por uma imprescindível releitura principiológica, sendo este o desafio contemporâneo para o estudo e a aplicação do direito, pois, conforme menciona MICHELE COSTA DA SILVEIRA (2002, p. 48), “o Direito Civil é hoje evidentemente diverso daquele que tinha lugar no período oitocentista, marcado pelos estanques limites do indivíduo, da família, da propriedade, do contrato e da responsabilidade civil”.

LUIZ EDSON FACHIN (2011, p. 42) acrescenta que “nosso tempo não permite mais apreender os institutos jurídicos esgotados em si, cíclicos e fechados ao diálogo sistemático com aquilo que se põe ao seu entorno”.

Para PIETRO PERLINGIERI (2007, p. 6), “o respeito aos valores e aos princípios fundamentais da República representa a passagem essencial para estabelecer uma correta e rigorosa relação entre poder do Estado e poder dos grupos”.

Nessa perspectiva, segundo CARLOS EDUARDO PIANOVSKI e ROSALICE FIDALGO PINHEIRO:

---

<sup>23</sup> A respeito, discorre PIETRO PERLINGIERI: “O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional.” (2007, p. 6).

a sucessão legítima guarda em suas entrelinhas a prevalência da família como “comunidade de sangue”. (...) As custas de um juízo de exclusão, conserva-se o patrimônio familiar dentro de um mesmo grupo, e coloca-se no centro da sucessão hereditária a propriedade. (2009, p. 435)

Assim, considerando que as transformações operadas na concepção de família pela Constituição de 1988 não repercutem na disciplina jurídica da sucessão legítima e impulsionado pela leitura em perspectiva civil-constitucional do art. 1.790 do Código Civil de 2002, verifica-se as contradições legislativas que a sua redação e construção evidenciam.

Em linhas gerais, as principais problemáticas do artigo envolvem: i] seu histórico e inserção no diploma normativo; ii] a restrição da participação do companheiro sobrevivente aos bens adquiridos onerosamente; iii] a impossibilidade de aplicação sistemática dos incisos I a III; e iv] a imprecisão do inciso IV.

Registra-se que embora essas problemáticas tenham sido tratadas nos itens anteriores, indicando-se no momento o posicionamento doutrinário e as possíveis soluções, são ora retomadas.

#### *3.4.1.1. Do histórico e inserção no diploma normativo*

O Código Civil de 2002 é fruto de um Projeto elaborado por Miguel Reale em 1975, sendo que, quando foi aprovado com emendas em 1984, não havia nenhum dispositivo que regulasse a sucessão entre companheiros.

Em razão disso, quando tramitava no Senado Federal, o Senador Nelson Carneiro apresentou uma emenda ao Projeto com o objetivo de suprir essa lacuna. Essa emenda, de n. 358, tem data anterior à Constituição de 1988 e, após a apreciação de seu texto pelo Senado Federal e pela Câmara dos Deputados, a sucessão dos companheiros restou regulada pelo atual art. 1790.

Assim, nas palavras de GISELDA HIRONAKA (2014, p. 376), “o próprio histórico desse dispositivo já induz ao entendimento de que ele carrega consigo inúmeros problemas”, pois, conforme afirma ANA LUIZA MAIA NEVARES (2015, p. 42), “em realidade, o Código Civil de 2002 não foi pensado na perspectiva plural de entidades familiares, já que foi projetado prevendo tão somente o matrimônio como único

núcleo legitimador da comunidade familiar”. O conteúdo da Emenda n. 358 não mais se adequava às perspectivas sociais no momento da promulgação do Código Civil.

Acrescenta LUIZ EDSON FACHIN (2011, p. 42-43) que, “para além de um nítido descompasso com proposições constitucionais que defluem do art. 226 e parágrafos da Constituição de 1988”, não há sistemática entre o dispositivo e os demais institutos do Código Civil, pois o seu conteúdo normativo está “travestido em roupagem de indiferença”.

Por consequência, em virtude do descuido do legislador, o dispositivo que regula a sucessão dos companheiros é impreciso e lacunoso, deixando à deriva inúmeros aspectos sem uma indicação precisa do caminho a ser adotado, razão pela qual não é aplicável se tomado isoladamente.

#### *3.4.1.2. Da restrição da participação do companheiro sobrevivente aos bens adquiridos onerosamente*

O *caput* do art. 1.790 restringe a incidência do direito sucessório do companheiro sobrevivente aos bens adquiridos onerosamente pelo falecido na vigência da união estável. Contudo, essa limitação pode causar graves injustiças. Conforme exemplifica ANA LUIZA MAIA NEVARES:

basta pensar numa pessoa que só tenha adquirido bens a título gratuito, como herança ou doação, e viva durante muitos anos em união estável. Quando essa pessoa falecer, seu companheiro nada receberá. A herança caberá por inteiro aos demais parentes sucessíveis. (2015, p. 115).

Ademais, em relação a esses bens, preenchida a hipótese do art. 1.725, o companheiro já é meeiro.

Portanto, para LUIZ EDSON FACHIN (2011, p. 46), “tal limitação não coaduna com as diretrizes normativas advindas do art. 226, §3º, da Constituição, traduzidas no definitivo reconhecimento da união estável como entidade familiar”, pois as normas de direito sucessório visam a continuidade das relações jurídicas atinentes ao falecido.

Na verdade, “trata-se de uma forma indireta de negar direitos ao companheiro sobrevivente: herda tão-somente os bens sobre os quais já possuía meação”. (RUZYK; PINHEIRO, 2009, p. 446).

Assim, opera o *caput* do art. 1.790 injustificada diferenciação entre a família constituída em união estável e a família resultante do casamento, privilegiando na sucessão o cônjuge sobrevivente em detrimento do companheiro.

#### *3.4.1.3. Da impossibilidade de aplicação sistemática dos incisos I a III*

A aplicação sistemática dos incisos I a III do art. 1.790, de forma condizente com a legislação sucessória e com as diretrizes constitucionais, não é possível.

Os incisos I e II tratam da concorrência sucessória do companheiro sobrevivente com os descendentes comuns e descendentes exclusivos do falecido, respectivamente, prevendo cada um método de definição do quinhão hereditário.

Ocorre que poderá haver casos em que o companheiro concorrerá na combinação das hipóteses de ambos os incisos, o que resulta em uma dificuldade de mensurar a opção justa nessa hipótese. De todo modo, melhor seria não existir qualquer distinção entre a concorrência do companheiro com descendentes comuns ou com descendentes exclusivos.

O inciso III trata da concorrência sucessória do companheiro sobrevivente com os demais parentes sucessíveis, condicionando ao companheiro um terço dos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, cabendo aos demais parentes os dois terços restantes. Ou seja, ao contrário do estabelecido ao cônjuge nos arts. 1.829, II, e 1.837, havendo qualquer outro parente sucessível em até quarto grau na linha colateral, mesmo que não tenha mantido qualquer laço de afetividade com o falecido, receberá dois terços dos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável.

Destarte, o que se efetiva é um desacordo injustificável com o paradigma constitucional.



#### 3.4.1.4. Da imprecisão do inciso IV

Não havendo colaterais até o quarto grau, o companheiro sobrevivente é convocado como sucessor único. Ocorre que, enquanto o inciso alude que o companheiro sobrevivente terá direito à totalidade da herança, o *caput* alude aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, levando a existência de sucessão concorrente entre o companheiro e o Estado, que será beneficiado com parte do patrimônio que era de uso exclusivo dos companheiros no convívio familiar.

#### 3.4.2. Inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002

O Código Civil de 2002 manteve uma disciplina abstrata e geral do sujeito, “não concebendo a pessoa em sua real dimensão humana, ou seja, tendo em vista sua variedade e diversidade de necessidades, interesses, exigências, qualidades individuais, condições econômicas e posições sociais” (NEVARES, 2002, p. 301). Ou seja, não assimilou o princípio constitucional da proteção à dignidade da pessoa humana, elevado a fundamento da República.

Ainda, o Código Civil de 2002 não foi concebido na visão plural das entidades familiares, tendo sido projetado, assim como o Código Civil de 1916, prevendo tão somente o casamento como forma de constituição de família reconhecida pelo ordenamento jurídico, razão pela qual encontram-se diversas distorções na regulamentação do direito de família e, em especial, da união estável.

Não acompanhou as transformações sociais que marcaram a disciplina jurídica da família na Constituição de 1988. Pelo contrário, na contramão da evolução legislativa, doutrinária e jurisprudencial, coloca o companheiro em posição infinitamente inferior em relação à posição que ostenta o cônjuge. “Constata-se verdadeiro déficit de irradiação do princípio da pluralidade familiar no direito sucessório brasileiro” (RUZYK; PINHEIRO, 2009, p. 443).

Entretanto, à luz do fenômeno da constitucionalização do direito civil, não pode o legislador infraconstitucional estabelecer dificuldades ou requisitos onerosos àqueles que optam por viver em união estável, conforme se observa a partir da

comparação dos arts. 1.790 e 1.829 a 1.832 do Código Civil, por representar uma ofensa ao princípio da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

O art. 226 da Constituição enuncia a igualdade entre as entidades familiares, sem qualquer hierarquia. Conforme enuncia ANA LUIZA MAIA NEVARES:

Entender que o casamento é entidade familiar hierarquicamente superior às demais significa dizer que este será protegido prioritariamente pelo ordenamento jurídico, admitindo-se que aos casados sejam atribuídos direitos superiores em relação àqueles que constituem outras formas de entidades familiares, simplesmente porque celebraram o ato formal do matrimônio. (2002, p. 305).

Embora as entidades sejam diferentes, permitindo um tratamento legal que não seja idêntico, não tem sentido atribuir à união estável e ao casamento um regramento diametralmente oposto no que tange ao direito sucessório (BOECKEL, 2011, p. 85), pois ambas desempenham a mesma função, promover o desenvolvimento da pessoa de seus membros.

A família é garantida pela Constituição “não como portadora de um interesse superior e superindividual, mas sim, em função da realização das exigências individuais, como lugar onde se desenvolve a pessoa”. Logo, deverá haver igualdade diante da proteção estatal, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, pois, embora cada forma de família tenha a sua própria relevância jurídica, por terem a comum função de serviço ao desenvolvimento da pessoa, não se pode afirmar uma abstrata superioridade de um modelo em relação aos outros. (PERLINGIERI, 2008, p. 971-974).

Ademais, o fato da Constituição prever que deverá ser facilitada a conversão da união estável em casamento representa uma faculdade prevista apenas para que se torne indiscutível que no casamento pode ser convertida, diferenciando a união estável da união livre, que é uma associação informal insuscetível de ser reduzida ao casamento. CARLOS EDUARDO PIANOVSKI, nesse sentido, sustenta que:

uma opção livre pela união estável, por exemplo, não faz do companheiro merecedor de tutela jurídica inferior à dispensada aquele que opta por se casar. A suposição de que a expressão ‘facilitar a conversão da união estável em casamento’ traria uma prevalência jurídica do segundo em relação à primeira vem de uma leitura equivocada, pois facilitar não é impor nem estimular, mas, sim, oferecer instrumentos para o exercício da liberdade. (2011, p. 334).

Assim, o tratamento diferenciado estabelecido pelo diploma civil, para situações equivalentes, é discriminatório, pois as modificações do direito de família

devem repercutir direta e intensamente no direito das sucessões, em virtude da necessária interlocução entre as partes do direito. A escolha da entidade familiar deve ser livre e desvinculada de qualquer aspecto patrimonial. Deve haver uma releitura crítica dos estatutos jurídicos fundamentais do direito privado (FACHIN, 2012, p. 29).

Tanto o casamento como a união estável possuem a mesma dignidade jurídica, porque igual o dever de respeito à dignidade e à liberdade de seus integrantes pelo ordenamento jurídico. Negar qualquer entidade familiar ou tratar as diferentes entidades de forma discriminatória implica negar a própria condição existencial dos sujeitos concretos, “que têm a formação das suas personalidades reduzida concretamente em função do tratamento discriminatório feito pela lei em razão de um modelo tradicional de família, que sequer guarda correspondência com a realidade vivida” (FACHIN, 2011, p. 55). Logo, como defende PAULO LÔBO:

não há razão constitucional, lógica ou ética para tal discrimine, em relação aos direitos sucessórios das pessoas que tiveram a liberdade de escolha assegurada pela Constituição e não podem sofrer restrições de seus direitos em razão dessa escolha. Não há fundamento constitucional para a desigualdade de direitos entre dois casais, com famílias constituídas e filhos, pelo fato de um ter escolhido o casamento e outro, a união estável. Essa é uma desigualdade que a Constituição não acolhe, tornando com esta incompatível a norma infraconstitucional que a estabelece. (2014, p. 150-151).

Logo, afastou-se o Código Civil de 2002 do princípio constitucional da igualdade. Ademais, o modelo adotado para o companheiro difere inteiramente do que regulavam as Leis de 1994 e 1996, representando um verdadeiro retrocesso e ofensa ao princípio da proibição do retrocesso social.

As inconsistências previstas no art. 1.790 tornam inviável a sua interpretação em conformidade com a Constituição em razão da emergência dos valores existenciais no direito das sucessões constitucionalizado, nomeadamente com os princípios da igualdade, da liberdade e da não discriminação.

Conforme menciona LUIZ EDSON FACHIN (2012, p. 44), “as coordenadas constitucionais só tem limite nos próprios princípios, não podendo, assim, a solução concreta da legislação infraconstitucional, especial ou ordinária, contrastar essa diretiva máxima do Estado Democrático de Direito”.

Desse modo, na dúvida, o intérprete deve encontrar o sentido que melhor contemple o direito do companheiro. O direito das sucessões deve cumprir o seu

importante papel na manutenção da família da vida digna dos entes familiares após a morte de um de seus membros.

PAULO LÔBO (2014, p. 150-151) elenca que a desigualdade alcança: i] o patrimônio sucessível, pois os bens particulares estão incluídos para o cônjuge e excluídos para o companheiro, para o qual o dispositivo reserva apenas os adquiridos onerosamente; ii] o reconhecimento explícito do cônjuge como herdeiro necessário e a omissão em relação ao companheiro; iii] a ordem de vocação hereditária, pois o cônjuge vem em terceiro lugar após as classes dos descendentes e ascendentes e o companheiro após todos os herdeiros colaterais até o quarto grau; iv] a sucessão concorrente, pois são díspares as quotas atribuídas ao cônjuge e ao companheiro quando concorrem com descendentes e ascendentes e distintas as bases de cálculo sobre a herança, participando o cônjuge sobre os bens particulares em determinados regimes de bens e o companheiro sobre a totalidade da herança, mas a este não se assegurando o direito daquele à quota mínima de um quarto; v] os direitos à herança dos filhos do *de cujus*, que variam em razão de ser o genitor sobrevivente cônjuge ou companheiro, pois estes recebem quotas distintas que refletem nos direitos daqueles, para mais ou para menos.

Diante de todos os problemas apontados, sem dúvida, o legislador não foi feliz na redação do art. 1.790, pois a lei não está imitando a vida, nem está em consonância com a realidade social.

Portanto, observa-se que as concepções atuais do povo a respeito da sociedade familiar, que a Constituição reconheceu, avocou e subscreveu em normas de hierarquia máxima, não estão minimamente atendidas na acanhada posição a que o companheiro sobrevivente está relegado no Código Civil. O direito das sucessões não é imune às alterações das estruturas sociais que o cercam.

Destarte, como o direito deve proteger a essência e não a forma ou a formalidade, inconstitucional o art. 1.790 do Código Civil de 2002, devendo ser aplicada aos companheiros as mesmas regras estabelecidas aos cônjuges, uma vez que o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro dispõe que quando a lei for considerada omissa<sup>24</sup>, o juiz decidirá de acordo com a analogia, a fim de que os que vivem unidos estavelmente encontrem seu lugar adequado.

---

<sup>24</sup> A lei é considerada omissa quando a norma nela existente é considerada inconstitucional. Entre todas as entidades familiares existentes, a que mais se aproxima da união estável é a união conjugal (...). Portanto, são equiparados os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente e do companheiro

Embora a doutrina conservadora teime em perpetuar os preconceitos, essa compreensão do papel e do lugar do direito das sucessões, nas palavras de EROULTHS CORTIANO JUNIOR (2008, p. 666), “é uma compreensão necessária para a construção de um novo direito civil, um direito civil a serviço da pessoa”, de modo que a união estável, entidade familiar reconhecida constitucionalmente, não encontre no âmbito sucessório, num retrocesso injustificado, tratamento discriminatório. Somente assim será construído um sistema sucessório em conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, pois, segundo LUIZ EDSON FACHIN:

pela valorização progressiva dos princípios gerais do direito civil, coloca-se no núcleo das preocupações menos uma leitura exegética e formal da espinha dorsal do direito privado e mais um conjunto de princípios não necessariamente constantes da codificação. (2012, p. 64).

Essa alteração na relação entre o público e o privado significa o processo pelo qual a Constituição vai gerar mudança no direito civil. Contribui para um movimento de “repersonalização” e “despatrimonialização” do privado, retirando do núcleo da disciplina jurídica o patrimônio para colocar no centro a pessoa e suas necessidades fundamentais. (p. 90).

Diante do exposto, analisar-se-á, no capítulo seguinte, o atual posicionamento dos Tribunais no que se refere a constitucionalidade do tratamento diferenciado atribuído aos companheiros estáveis no âmbito sucessório, a fim de verificar se a jurisprudência tem contribuído para um sistema aberto e democrático.

#### **4. CAPÍTULO III – O POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS FACE AO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

##### **4.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES**

O art. 1.790 do Código Civil é objeto de inúmeras críticas pela doutrina especializada em virtude das contradições legislativas que a sua redação e construção evidenciam. Essas divergências e controvérsias culminaram em reflexos nas decisões dos tribunais brasileiros, que passaram a ser cada vez mais provocados a se posicionar acerca da constitucionalidade ou não das diferenças no tratamento sucessório do companheiro e do cônjuge. Contudo, até o momento, não há um posicionamento definitivo dos Tribunais Superiores, isto é, do STF e do STJ.

No STF, a temática está sendo discutida em virtude de ter sido reconhecida a repercussão geral da questão suscitada em RE, de n. 646.721, que discute a forma de partilha de bens entre a mãe e o companheiro de uma pessoa falecida em 2005.

O recurso foi apresentado pelo companheiro contra decisão do TJRS que lhe concedeu apenas um terço da herança. Segundo o autor da ação, nos 40 anos em que viveu com o falecido, de forma pública e ininterrupta, os dois adquiriram diversos bens, inclusive três imóveis. Após a morte do companheiro, pleiteou o cálculo da partilha conforme o art. 1.837 do Código Civil, que determina 50% para o cônjuge e 50% para o ascendente, quando houver apenas um. O juízo de primeiro grau, ao examinar o pedido, aplicou o art. 1.790, inciso III, do Código Civil, atribuindo ao companheiro o direito a um terço da herança. Ao julgar recurso, o Tribunal manteve o entendimento de que a Constituição de 1988 não teria igualado, para todos os fins, os institutos do casamento e da união estável. O acórdão assinalou que, embora o art. 226, §3º, tenha reconhecido a união estável como entidade familiar merecedora de proteção estatal, para cada um dos institutos, a lei estabelece regulamentos específicos. Assim, no RE, o companheiro questiona essa distinção, sustentando que a Constituição de 1988 trata igualitariamente a união estável e o casamento, mas que o Código Civil rebaixou o status hereditário no

caso. Desta forma, alega que a regra do art. 1.790 é inconstitucional porque atenta contra os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

O processo encontra-se concluso com o Relator, Min. Marco Aurélio, desde 10.07.2013.

Ainda, foi reconhecida a repercussão geral da questão suscitada em RE, de n. 878.694, que discute acerca da validade da forma de partilha de bens entre companheira e parentes distantes do companheiro falecido.

O recurso foi apresentado pela companheira contra decisão do TJMG que lhe concedeu apenas um terço da herança. Segundo a autora da ação, a disposição do art. 1.790 do Código Civil viola o princípio da dignidade humana, por prever tratamento diferenciado e discriminatório à companheira em relação à mulher casada.

O processo encontra-se concluso com o Relator, Min. Roberto Barroso, desde 17.09.2015, para apreciação de parecer da Procuradoria-Geral da República.

No STJ, a temática está sendo discutida na Corte Especial em virtude da questão suscitada em REsp, cujo o número não é divulgado por ser segredo de justiça, em caso onde o Ministério Público interveio em face de partilha amigável do patrimônio de um casal, que disponibilizou à companheira a meação e mais 16,666% do restante a título de quinhão hereditário, conforme art. 1.790, inciso I, do Código Civil.

Por haver interesse de menores, o MP pede a declaração da inconstitucionalidade do art. 1.790, alegando tratamento arbitrário às regras de sucessão aplicáveis à união estável se comparadas àquelas aplicáveis ao casamento. Sustenta que, de acordo com o art. 1.829 do Código Civil, a sucessão legítima é direcionada aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens; ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares. Assim, requer a exclusão da companheira da herança, entendendo que ela deveria figurar apenas como meeira. O juízo de primeiro grau rejeitou as alegações de inconstitucionalidade manifestadas pelo MP e homologou o esboço da partilha apresentado. O MP recorreu, mas o tribunal manteve a sentença por entender que o art. 1.790 é constitucional, pois não fere o princípio da isonomia. No REsp, o MP sustenta a

aplicação equivocada do art. 1.790, cuja incidência deveria levar em consideração o art. 1.829, inciso I, do Código Civil.

A decisão pela Corte Especial foi adiada em virtude de ter sido suscitada questão preliminar no sentido de suspender o julgamento do recurso para aguardar o posicionamento do STF. Diante da divergência entre os Ministros, a Min. Nancy Andrighi pediu vistas do processo na sessão de 17.09.2014.

Todavia, embora a ausência de posicionamento definitivo pelos Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça Estaduais vêm julgando, nos últimos anos, arguições ou incidentes de declaração de inconstitucionalidade tendo como objeto o artigo como um todo ou em parte.

Assim, no presente trabalho optamos por analisar em específico estes Tribunais, por presumidamente as decisões de incidentes serem decisões mais bem fundamentadas.

#### **4.2. ADVERTÊNCIA METODOLÓGICA**

A pesquisa jurisprudencial se deu a partir dos acórdãos que estão disponíveis para consulta na internet nos bancos de dados dos Tribunais de Justiça Estaduais. Portanto, as decisões com trânsito em julgado em primeira instância, ficaram automaticamente excluídas do universo de estudo. Do mesmo modo, os processos em segredo de justiça.

Como critérios de pesquisa, foram utilizadas as palavras-chave: “1.790”, “1790”, “sucessão companheiro” e “sucessão companheira”.

A partir dos critérios utilizados, foram encontradas arguições ou incidentes de inconstitucionalidade julgados, envolvendo o artigo no todo ou em parte, no Tribunal do Distrito Federal e nos Tribunais dos Estados do Espírito Santo, Goiás, Minas Gerais, Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, São Paulo e Sergipe.

Em contrapartida, os Tribunais dos Estados do Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraíba, Piauí, Pernambuco, Rio Grande do Norte, Rondônia, Roraima e Tocantins



ainda não firmaram entendimento em sede de incidente de inconstitucionalidade, razão pela qual foram excluídos do estudo.

Portanto, no total, foram selecionados treze acórdãos para ser objeto de estudo, vez que alguns Tribunais julgaram mais de um incidente.

#### 4.3. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Diante da seleção dos acórdãos entre os Tribunais de Justiça Estaduais, passa-se à sua análise.

O Conselho Especial do TJDF, ao julgar Arguição de Inconstitucionalidade, em 01.06.2010, entendeu, por unanimidade, pela constitucionalidade do inciso III do art. 1.790 do Código Civil, sob o fundamento da não equiparação da união estável ao casamento, em virtude da previsão de que deverá ser facilitada a sua conversão, não representando violação ao princípio da isonomia o tratamento diferenciado conferido ao companheiro no âmbito sucessório:

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 1.790, III, DO CC. DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO DIFERENCIADO EM RELAÇÃO AO CÔNJUGE SUPÉRSTITE. UNIÃO ESTÁVEL NÃO EQUIPARADA AO CASAMENTO PELA CONSTITUIÇÃO. ART. 226, § 3º, DA CF. ARGUIÇÃO REJEITADA. Embora o legislador constituinte tenha reconhecido a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, não a equiparou ao casamento de modo a atrair a unificação do regime legal acerca do direito sucessório, haja vista a observação final no texto constitucional da necessidade de lei para a facilitação de sua conversão em casamento - art. 226, § 3º, da CF. Não incide em inconstitucionalidade o tratamento diferenciado conferido pelo art. 1.790, inciso III, do Código Civil, acerca do direito sucessório do companheiro sobrevivente em relação ao cônjuge supérstite quanto à concorrência daquele com outros parentes sucessíveis do *de cujus*. Arguição rejeitada. Unânime. (TJDF, Conselho Especial, Rel. Des. Otavio Augusto, Arg. de Inconstitucionalidade nº 2010.00.2.004631-6, julg. 01.06.2010)

A arguição havia sido suscitada após decisão proferida em autos de inventário afastando a incidência do art. 1.790, III, para aplicar, em favor da companheira, as regras dos arts. 1.829, III, e 1.838 do Código Civil, de modo a afastar os colaterais da sucessão.

Em análise ao julgado, verifica-se que se limita a fundamentar a decisão no fato de que o texto constitucional prevê que, em relação à união estável, deve-se

“facilitar sua conversão em casamento”, sem adentrar em discussões doutrinárias sobre o tema.

O Tribunal Pleno do TJES, ao julgar Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade, em 15.09.2011, entendeu, por maioria, pela constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, consignando que o legislador do Código Civil tratou diferentemente situações distintas, não havendo qualquer ofensa à Constituição de 1988:

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE ARGUIDO NO AGRAVO REGIMENTAL - ORFÃOS E SUCESSÕES DE VITÓRIA. REQUERIMENTO DE SUSPENSÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO QUE HABILITOU OS SOBRINHOS DO *DE CUJUS* COMO HERDEIROS NOS AUTOS DO INVENTÁRIO. PRELIMINAR DE INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA PREVISTA NO ART. 1.829 DO CC. DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL. CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL. SITUAÇÕES JURÍDICAS DISTINTAS. ART. 226, § 3º, DA CF. É cediço que a lei goza da presunção de constitucionalidade, e somente a afronta patente a norma ou princípio constitucional poderá acarretar o reconhecimento, *incidenter tantum*, de inconstitucionalidade desse ou daquele artigo. A Constituição não equiparou união estável ao casamento e, admitindo-se a não equiparação, conclui-se que ao legislador ordinário é facultado tratar diferentemente os dois institutos. Normas regulatórias embora diferenciadas, desde que orientadas pelo sentido de proteção à família são, por certo, constitucionais. Também o é o artigo do Código Civil, por que não afrontou, ao meu sentir, o texto constitucional. Não houve, em termos de direito hereditário, arbitrariedade acerca do status sucessório do convivente supérstite, na verdade o legislador tratou diferentemente situações distintas - casamento e união estável. A CF no art. 226 e seu § 3º garante especial proteção do Estado à família, reconhecendo o instituto da união estável. Contudo não afirma o legislador constitucional que a constituição da família sob a forma de casamento ou mediante união estável é exatamente a mesma situação. Portanto, declaro a constitucionalidade do art. 1.790 do CC. (TJES, Tribunal Pleno, Rel. Desig. Adalto Dias Tristão, Incidente de Inconstitucionalidade Agv Instrumento nº 24099165979, julg. 15.09.2011, DJ 04.10.2011)

Interessante observar que o entendimento do julgado é no sentido de que, não tendo o legislador constituinte afirmado a igualdade entre as entidades familiares, não cabe interpretação à norma constitucional de forma a inferir no sentido da equiparação do casamento e da união estável. O julgado desconsidera, dentre outros, o fato de que, embora não haja identificação propriamente dita entre os institutos, inexiste uma hierarquia entre as modalidades de família.

A Corte Especial do TJGO, ao julgar Arguição de Inconstitucionalidade, em 22.04.2015, entendeu pela inconstitucionalidade do inciso III do art. 1.790 do Código Civil:

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM APELAÇÃO CÍVEL. ART. 1.790, INCISO III, DO CÓDIGO CIVIL. DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO DIFERENCIADO EM RELAÇÃO AO CÔNJUGE SUPÉRSTITE. UNIÃO ESTÁVEL EQUIPARADA AO CASAMENTO PELA CONSTITUIÇÃO. OFENSA AO ART. 226, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O tratamento conferido aos companheiros e aos cônjuges deve seguir os ditames sociais da Constituição de 1988 e respeitar, efetivamente, todos os direitos fundamentais nela previstos pois, sendo todas as formas de entidade familiar entendidas no conceito de família, não há como se estabelecer qualquer compreensão restritiva de direitos fundamentais a qualquer uma delas. 2. Tendo a Constituição Federal, em seu artigo 226, § 3º, equiparado a UNIÃO ESTÁVEL AO CASAMENTO, O DISPOSTO DO ARTIGO 1.790, inciso III, do Código Civil vigente colide com a norma constitucional prevista, afrontando os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, resguardados na Carta Constitucional, razão pela qual há de ser negada vigência ao dispositivo legal mencionado. INCIDENTE JULGADO PROCEDENTE. RECONHECIDA A INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO III, DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL/02. (TJGO, ARGUICAO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI 342562-37.2014.8.09.0000, Rel. DES. JEOVA SARDINHA DE MORAES, CORTE ESPECIAL, julgado em 22/04/2015, DJe 1786 de 18/05/2015)

A arguição foi suscitada em face de sentença que declarou a nulidade de escritura pública de inventário, destinando à companheira sobrevivente a parcela estabelecida pelo art. 1.790, III, do Código Civil de 2002.

Vê-se que o entendimento adotado pelo julgado vai ao encontro do trazido no presente trabalho, ou seja, de que o tratamento conferido aos companheiros estáveis e aos cônjuges no âmbito sucessório não pode ser diametralmente oposto, vez que entidades familiares dignas de igual proteção pelo Estado, devendo carecer de validade as leis infraconstitucionais que não possam ser interpretadas conforme os objetivos do texto constitucional. Na íntegra do acórdão se ressalta o retrocesso do Código Civil no que se refere aos direitos sucessórios dos companheiros.

O Órgão Especial do TJMG, ao julgar Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade, em 09.11.2011, entendeu, por maioria, pela constitucionalidade do inciso III do art. 1.790 do Código Civil, por acreditar que o dispositivo não fere princípios constitucionais, pois a Constituição de 1988 não equipara os institutos do casamento e da união estável, tanto que facilita a conversão desta em casamento:

Incidente de Inconstitucionalidade: Direito de Família - União Estável - Sucessão - Companheiro sobrevivente - Artigo 1.790, inciso III do Código Civil. O tratamento diferenciado entre cônjuge e companheiro encontra guarida na própria Constituição Federal, que distinguiu entre as duas situações jurídicas. Não é inconstitucional o artigo 1.790, III, do Código Civil, que garante ao companheiro sobrevivente, em concurso com outros parentes sucessíveis, o direito a 1/3 da herança dos bens comuns. (TJMG - Arg Inconstitucionalidade 1.0512.06.032213-2/002, Relator(a): Des.(a)

Paulo César Dias , CORTE SUPERIOR, julgamento em 09/11/2011, publicação da súmula em 01/02/2012)

Percebe-se através do julgado a prevalência do entendimento de que, se o companheiro estável quiser o mesmo direito do cônjuge, que converta em casamento a sua união estável para ter esse direito.

O Órgão Especial do TJPR, ao julgar Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade, em 04.12.09, decidiu, por maioria, pela inconstitucionalidade do inciso III do art. 1.790, sob o fundamento da impossibilidade de lei infraconstitucional disciplinar de forma diversa direito sucessório do cônjuge e do companheiro em virtude do art. 226, §3º, da Constituição de 1988 e do princípio da igualdade material:

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. SUCESSÃO DA COMPANHEIRA. ART. 1.790, III, DO CÓDIGO CIVIL. INQUINADA AFRONTA AO ART. 226, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, QUE CONFERE TRATAMENTO PARITÁRIO AO INSTITUTO DA UNIÃO ESTÁVEL EM RELAÇÃO AO CASAMENTO. NECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO DO COLENDO ÓRGÃO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE DE LEI INFRACONSTITUCIONAL DISCIPLINAR DE FORMA DIVERSA O DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. ELEVAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL AO STATUS DE ENTIDADE FAMILIAR. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA. CONHECIMENTO DO INCIDENTE, DECLARADO PROCEDENTE. 1. Inconstitucionalidade do art. 1.790, III, do Código Civil por afronta ao princípio da igualdade, já que o art. 226, § 3º, da Constituição Federal conferiu tratamento similar aos institutos da união estável e do casamento, ambos abrangidos pelo conceito de entidade familiar e ensejadores de proteção estatal. 2. A distinção relativa aos direitos sucessórios dos companheiros viola frontalmente o princípio da igualdade material, uma vez que confere tratamento desigual àqueles que, casados ou não, mantiveram relação de afeto e companheirismo durante certo período de tempo, tendo contribuído diretamente para o desenvolvimento econômico da entidade familiar. (TJPR, Órgão Especial, Rel. Des. Sérgio Arenhart. Incidente de Decl.de Inconstitucionalidade nº 536.589-9/01, J. 04.12.09. DJ 03.08.2010)

Em análise ao julgado, verifica-se que o entendimento está em conformidade com o defendido no presente estudo. Os direitos sucessórios atribuídos ao companheiro estável, sendo comparados com os postos ao cônjuge, violam frontalmente o princípio constitucional da igualdade. O art. 226, §3º, da Constituição de 1988 estabelece tratamento paritário às entidades familiares, não podendo lei infraconstitucional estabelecer tratamento discriminatório.

Por outro lado, ao julgar novo Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade, em 01.12.2014, o Órgão Especial do TJPR, decidiu, por maioria, pela constitucionalidade do inciso II do art. 1.790 do Código Civil, por

entender que a Constituição de 1988 não equiparou as entidades familiares, pois se assim fosse, não determinaria que se facilite a conversão da união estável em casamento, razão pela qual o casamento é dotado de um status de proeminência em relação à união estável:

INCIDENTE DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - SUSCITADO PELO ÓRGÃO FRACIONÁRIO DESTA CORTE DE JUSTIÇA - ARTIGO 1790, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL - INQUINADA AFRONTA AO ARTIGO 226, § 3º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - ALEGAÇÃO - TRATAMENTO DIFERENCIADO AO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE E AO CÔNJUGE SUPÉRSTITE - AFRONTA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA - TESE AFASTADA - RECONHECIMENTO CONSTITUCIONAL DA UNIÃO ESTÁVEL COMO ENTIDADE FAMILIAR - NÃO EQUIPARAÇÃO AO MATRIMÔNIO - CASAMENTO, "CÉDULA-MATER" DA SOCIEDADE, NÃO TEM, INTEGRAL SIMILITUDE COM O INSTITUTO DA UNIÃO ESTÁVEL - INSTITUTOS AUTÔNOMOS - CONSTITUINTE QUE DETERMINOU A FACILITAÇÃO DA CONVERSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO - INEXISTÊNCIA DE MESMO STATUS HEREDITÁRIO PARA COMPANHEIRO E CÔNJUGE - REGULAMENTAÇÃO DA ORDEM SUCESSÓRIA - AUSÊNCIA DE PREJUDICIALIDADE À ENTIDADE FAMILIAR DA UNIÃO ESTÁVEL CUJA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL PERMANECE INTACTA - INEXISTÊNCIA DE MÁCULA DE INCONSTITUCIONALIDADE - INCIDENTE DESPROVIDO COM A REMESSA DOS AUTOS À C. 12ª CÂMARA CÍVEL PARA O JULGAMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO." (TJPR, Órgão Especial, Rel. Des. Marques Cury. Incidente de Decl. de Inconstitucionalidade nº 878.130-2/02, J. 20.10.2014. DJ. 01.12.2014)

Considera-se que o entendimento do julgado representa um retrocesso, vez que se limitou a se preocupar com a vontade da lei e do legislador constituinte ao dispor que a lei deverá facilitar a conversão da união estável em casamento. Entretanto, a lei não tem vontade e a interpretação não necessita ser de acordo com a suposta vontade do legislador constituinte.

O Órgão Especial do TJRJ, ao julgar Arguição de Inconstitucionalidade, em 11.06.2012 e em 06.08.2012, entendeu pela inconstitucionalidade do inciso III do art. 1.790 do Código Civil, com fundamento nos princípios da isonomia, da vedação ao retrocesso legal e da dignidade da pessoa humana:

Arguição de inconstitucionalidade. Art. 1.790, III, do CC. Sucessão do companheiro. Concorrência com parentes sucessíveis. Violação à isonomia estabelecida pela Constituição Federal entre cônjuges e companheiros (art. 226 § 3º). Enunciado da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. Incabível o retrocesso dos direitos reconhecidos à união estável. Inconstitucionalidade reconhecida. Procedência do incidente. (TJRJ, Órgão Especial, Rel. Des. Bernardo Moreira Garcez Neto, Arg. Inconstitucionalidade nº 0032655-40.2011.8.19.0000, julg. 11.06.2012, DJ 19.06.2012)

União estável. Sucessão do companheiro. Restrição contida no art. 1.790, III, do NCC. Norma que faz prevalecer as relações de parentesco sobre

aquelas da afetividade. Dispositivo que contraria a dignidade da pessoa humana, a isonomia e a consagração constitucional da união estável. Restrição que é rejeitada pela doutrina dominante, bem como se afasta da jurisprudência da Suprema Corte sobre a 'nova família'. Arguição de inconstitucionalidade julgada procedente por maioria de votos. Inaplicável o efeito vinculante do art. 103 do Regimento Interno, por não ter sido atingido o quórum necessário. (TJRJ, Órgão Especial, Arguição de Inconst. nº 0019097-98.2011.8.19.0000, Rel. Des. Bernardo Moreira Garcez Neto. julg. 06.08.2012, DJ 03.09.2012).

Percebe-se que os julgados estão em consonância com a interpretação que melhor contempla os princípios constitucionais aplicáveis à família. Na íntegra dos acórdãos se reforça que o dispositivo possui inadequação topológica e se destaca que a inconstitucionalidade é defendida pela mais qualificada doutrina.

O Órgão Especial do TJRS, ao julgar Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade, em 09.11.2009, decidiu, por maioria, pela constitucionalidade do inciso III do art. 1.790, sob o fundamento de não haver equiparação constitucional entre a união estável e o casamento:

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. SUCESSÃO. A Constituição da República não equiparou a união estável ao casamento. Atento à distinção constitucional, o Código Civil dispensou tratamento diverso ao casamento e à união estável. Segundo o Código Civil, o companheiro não é herdeiro necessário. Aliás, nem todo cônjuge sobrevivente é herdeiro. O direito sucessório do companheiro está disciplinado no art. 1790 do CC, cujo inciso III não é inconstitucional. Trata-se de regra criada pelo legislador ordinário no exercício do poder constitucional de disciplina das relações jurídicas patrimoniais decorrentes de união estável. Eventual antinomia com o art. 1725 do Código Civil não leva a sua inconstitucionalidade, devendo ser solvida à luz dos critérios de interpretação do conjunto das normas que regulam a união estável. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADO IMPROCEDENTE, POR MAIORIA. (Incidente de Inconstitucionalidade Nº 70029390374, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leo Lima, Julgado em 09/11/2009)

Na íntegra do acórdão, defende-se que o legislador infraconstitucional utilizou uma faculdade que é sua, de tratar diferentemente o que é diferente.

Ainda, ao julgar novo Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade, em 22.02.2014, o Órgão Especial do TJRS, entendeu, por maioria, a constitucionalidade do *caput* do artigo, por entender que a Constituição de 1988 não equipara o casamento e a união estável, não merecendo qualquer censura a opção do legislador em oferecer modelos distintos de família:

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 1.790 CAPUT DO CÓDIGO CIVIL. TRATAMENTO DISTINTO PARA DIREITOS SUCESSÓRIOS DE COMPANHEIROS O art. 226, § 3º da Constituição Federal estabelece que para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a

união estável entre homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão, numa eloqüente demonstração que o casamento e a união estável não são iguais para todos os efeitos, ou mesmo para os efeitos patrimoniais e sucessórios; senão era desnecessário converter a união em casamento. Não possível converter uma coisa em outra, a menos que sejam desiguais. O propósito foi proteger e não igualar as duas modalidades. Assim, se é constitucional essa diferenciação no casamento, não se poderia supor inconstitucional a opção legislativa de criar regime próprio, como fez o Código Civil. Inexistência de vício de inconstitucionalidade no disposto no art. 1.790 do CC. Incidente de inconstitucionalidade julgado improcedente, por maioria. (Incidente de Inconstitucionalidade Nº 70055441331, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 24/02/2014)

Nota-se que o entendimento do julgado se baseia na conclusão de que o legislador infraconstitucional, ao oferecer modelos distintos de família, apenas respeitou a autonomia de vontade de cada um na constituição de entidades familiares, não merecedendo censura o tratamento sucessório diferenciado.

O Órgão Especial do TJSC, ao julgar Arguição de Inconstitucionalidade, em 17.12.2014, confirmando o entendimento que vinha prevalecendo, entendeu pela inconstitucionalidade do inciso III do art. 1.790 do Código Civil:

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO SUCESSÓRIO NA UNIÃO ESTÁVEL. TRATAMENTO DIFERENCIADO EM RELAÇÃO ÀQUELE DISPENSADO AO CASAMENTO. INADMISSIBILIDADE. INCISO III DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL. COMPANHEIRO OU COMPANHEIRA QUE, NA SUCESSÃO, AO CONCORRER COM OUTROS PARENTES SUCESSÍVEIS FAZ JUS A APENAS UM TERÇO DA HERANÇA. DISCIPLINA DESALINHADA COM O DISPOSTO NO ARTIGO 226 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE. Na condição de núcleo familiar constitucionalmente albergado, tanto a união estável, quanto o casamento - quanto, ainda, o arranjo monoparental -, ostentam idêntica natureza (art. 226 da Carta da República), substanciando-se na comunhão de vidas alicerçada em valores como afetividade, conforto emocional e solidariedade. Nesse sentido, a facilitação, prevista na Constituição Federal para convolar-se a união estável em casamento (§ 3º, do art. 226/CF), não implica um minus da primeira em comparação com o segundo, nem que seja aquela um rito de passagem ou um degrau inferior em relação a este, senão que avulta como instrumento para dar mais segurança jurídica aos próprios companheiros e a terceiros, haja vista as formalidades cartoriais intrínsecas a este último, devendo, porém, ser reverenciada, antes e acima de tudo, a enunciação igualitária de que "a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado" (caput do art. 226/CF). Afinal, mais relevante do que o modelo pelo qual a família é constituída, é o modo pelo qual se a protege juridicamente. Como corolário, tem-se que o inc. III do art. 1.790 do Código Civil afastou-se do primado da proteção estatal assegurado à entidade familiar, ao conferir tratamento diferenciado e detrimetoso ao convivente em união estável, no caso de sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da convivência, na disputa com outros parentes sucessíveis, em desalinho, portanto, com a regra protetiva ditada pela Constituição da República. Impende, por isso, reconhecer a inconstitucionalidade desse preceptivo (inc. III do art. 1.790 do Código Civil). (TJSC, Arguição de Inconstitucionalidade em Agravo de

Instrumento n. 2008.064395-2, de Presidente Getúlio, rel. Des. João Henrique Blasi, j. 17-12-2014).

Em análise ao julgado, observa-se que não reconhece a legitimidade constitucional do tratamento conferido ao regime sucessório da união estável a partir da compreensão histórico do instituto e do paradigmático art. 226 da Constituição de 1988, porquanto o texto constitucional coloca sob a mesma proteção os arranjos familiares. Esta compreensão está em consonância com a defendida no presente trabalho, pois, embora a união estável e o casamento se distingam mutuamente, o resultado a que chegam é idêntico.

O Órgão Especial do TJSP, ao julgar Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade, em 14.09.2011, entendeu pela constitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil:

União estável. Direito sucessório. Sucessão da companheira. Inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/02. Disparidade de tratamento entre união estável e casamento e ou das distintas entidades familiares. Inocorrência de violação a preceitos e princípios constitucionais. Incidente desprovido. (Relator(a): Cauduro Padin; Comarca: Bauru; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 14/09/2011; Data de registro: 26/10/2011; Outros números: 990103591330)

Na íntegra do acórdão, suscita-se que se equivocam aqueles que afirmam não haver hierarquia entre as entidades familiares, por ser irrecusável a primazia conferida ao casamento. Ademais, acrescenta-se que não existe igualdade absoluta de direitos e deveres entre os cônjuges e companheiros estáveis. Neste aspecto, verifica-se que há preocupação com a vontade do legislador infraconstitucional, não se optando por interpretar o dispositivo em conformidade com os princípios constitucionais aplicáveis à família.

O Tribunal Pleno do TJSE, ao julgar Incidente de Inconstitucionalidade, em 30.03.2011, entendeu pela inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, equiparando os direitos sucessórios entre cônjuges e companheiros:

Incidente de Inconstitucionalidade. União Estável. Direito Sucessório do Companheiro. Art. 1.790 do CC/02. Ofensa aos Princípios da Isonomia e da Dignidade da Pessoa Humana. Art. 226, § 3º da CF/88. Equiparação entre Companheiro e Cônjuge. Violação. Inconstitucionalidade Declarada. 1.790/CC,12263ºCF/88. I - A questão relativa à sucessão na união estável e a consequente distribuição dos bens deixados pelo companheiro falecido, conforme previsão do art. 1.790 do CC/02, reclama a análise da inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, pois este, ao dispor sobre o direito sucessório da companheira sobrevivente, ignorou a equiparação da união estável ao casamento prevista no art. 226, § 3º da CF, configurando ofensa aos princípios constitucionais da isonomia e da dignidade



humana;1.790/CC012, 263º, CF. II - Incidente conhecido, para declarar a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/02. (TJSE, Tribunal Pleno, Relª Desª Marilza Maynard Salgado de Carvalho, Inc. de Inconstitucionalidade nº 2010114780, julg. 30.03.2011)

O incidente foi suscitado em face de sentença que reconheceu a existência de união estável entre o falecido e companheira por mais de vinte anos, bem como afastou os herdeiros colaterais, de modo a conceder a integralidade da herança à companheira sobrevivente.

Vê-se que no julgado se ressalta o retrocesso trazido pelo Código Civil de 2002 no que se refere à tutela sucessória do companheiro, sendo fonte de injustiças que a justiça não pode tolerar. Em conformidade com o defendido no presente trabalho, pontua que cabe ao juiz simplesmente deixar de aplicar as normas discriminatórias, reconhecendo sua inconstitucionalidade. Isto, para que se evite que o equívoco trazido pelo art. 1.790 traga prejuízos enormes às uniões que merecem especial proteção do Estado. Portanto, observa-se que não se deve deixar prevalecer uma interpretação literal do mencionado artigo, sob pena de se deixar ao desamparo a família constituída pela união estável.

Assim sendo, observou-se que para a solução da controvérsia acerca da constitucionalidade ou não do tratamento diferenciado estabelecido aos companheiros no âmbito sucessório, imprescindível perquirir se a união estável foi equiparada ao casamento pelo texto constitucional ou se existiria uma hierarquia entre as entidades familiares, sendo o casamento uma união de afeto de primeiro grau, enquanto a união estável seria uma de segundo grau.

#### **4.4. RESULTADOS**

A pesquisa resultou numa vasta coleta jurisprudencial, capaz de permitir um estudo amplo, diversificado e crítico sobre o tema em questão. A partir dos treze julgados colacionados e analisados dos dez Tribunais selecionados, verifica-se que no TJDF, TJES, TJMG, TJRS e TJSP se entende pela constitucionalidade dos direitos sucessórios do companheiro estável estabelecidos pelo Código Civil. Em contrapartida, vê-se que no TJGO, TJRJ, TJSC e TJSE se entende pela

inconstitucionalidade do tratamento. Por fim, nota-se que no TJPR existem incidentes julgados em ambos os sentidos.

Ante o exposto, conclui-se que não há uma uniformidade nos entendimentos dos Tribunais de Justiça Estaduais acerca da temática, conforme se observa na tabela em APÊNDICE, o que revela a importância de um posicionamento definitivo dos Tribunais Superiores acerca desta questão de enorme relevância à sociedade brasileira, de modo que haja segurança jurídica.

## 5. CONCLUSÃO

As transformações políticas, econômicas e sociais ocorridas a partir do século XX repercutiram diretamente nos pilares do Direito Civil. Neste aspecto, o instituto da família recebeu uma nova leitura sob a centralidade do constitucionalismo.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu, em seu art. 226, §3º, além do casamento, a união estável e os agrupamentos monoparentais como modos de constituição da família. Em virtude de sua superioridade hierárquica, assumiu papel de filtro através do qual se deve ler todo o direito infraconstitucional. Consagrou, assim, um processo de reconstrução do Direito de Família que culminou em um mosaico de entidades familiares que caracterizam a concepção contemporânea do instituto.

O Direito das Sucessões possui íntima relação com o instituto da família. Por isso, conquanto possua autonomia científica em relação ao Direito de Família, deve refletir a evolução ocorrida nesse ramo a fim de evitar inconsistências. Deve acompanhar as transformações na concepção social e jurídica de família, como forma de permitir a coerência do sistema, já que o fenômeno da sucessão é tido como a continuação de uma relação jurídica que cessou.

A sucessão legítima repousa basicamente nos vínculos de família, porquanto se dá a outorga legal dos bens aos componentes da entidade familiar. Porém, a ordem de vocação hereditária prevista no Código Civil de 2002 traz uma proteção limitada. Adota a seguinte ordem em seu art. 1.829: i] descendentes; ii] ascendentes; iii] cônjuge sobrevivente; e iv] parentes colaterais até o quarto grau. Diante de sua análise, observa-se uma falha legislativa em virtude da falta de inserção do companheiro sobrevivente na ordem, vindo a regular os seus direitos sucessórios em capítulo diverso, especificamente no art. 1.790.

Entende-se que situar o companheiro ao lado do cônjuge teria sido o adequado, vez que tudo que se regulamenta sobre a união estável tem o casamento como referência, por ser este o mais forte paradigma de constituição de família. Ademais, tem-se que não é adequado dizer que o casamento é entidade familiar hierarquicamente superior, pois todos os organismos sociais que constituem família têm a função de promover a dignidade dos seus membros.

Além de fora da ordem de vocação hereditária, ao companheiro estável, ainda, são atribuídos direitos sucessórios diametralmente opostos aos do cônjuge, encontrando-se em posição desfavorecida. Entende-se, no entanto, que não há razão para tal discriminação, vez que o §3º do art. 226 da Constituição estabelece a igualdade entre as entidades familiares, não podendo os companheiros sofrerem restrições de direitos em razão da escolha por viver em união estável.

Por força do dispositivo constitucional, não poderia o legislador infraconstitucional tratar desigualmente o companheiro estável em relação ao cônjuge, pois não há hierarquia entre estes na sucessão legítima. A união estável não compete com o casamento.

Neste panorama, tem-se a necessidade de abolir qualquer regra disposta em sentido contrário à equalização do cônjuge e do companheiro estável, razão pela qual se defende o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil.

A respeito, todavia, o cenário jurisprudencial não é harmônico. Inobstante as conquistas da doutrina especializada, diante da ausência de um posicionamento definitivo dos Tribunais Superiores acerca da temática, não há qualquer segurança jurídica quanto à interpretação que será adotada nos casos concretos.

Em análise aos julgados selecionados no presente estudo, verificou-se que não há uma uniformidade nos entendimentos dos Tribunais de Justiça Estaduais que decidiram incidentes ou arguições de inconstitucionalidade a respeito do dispositivo. A atuação da jurisprudência tem sido muito mais tímida que a da doutrina especializada, deixando-se a interpretação conforme os princípios constitucionais aplicáveis à família em segundo plano para aplicar a regra infraconstitucional em sua literalidade.

Com isso, possível afirmar a importância de um posicionamento definitivo do STF e do STJ acerca desta questão de enorme relevância à sociedade brasileira, de modo que haja segurança jurídica. Não se ignora que a alteração legislativa se mostra, do mesmo modo, imprescindível, porém é indesejável que continue a se multiplicar as decisões desiguais para circunstâncias jurídicas iguais até, e se ocorrer, eventual alteração.

Destarte, inobstante as inconsistências e a insegurança jurídica decorrente do art. 1.790 não sejam de responsabilidade exclusiva do Poder Judiciário, visto que o legislador infraconstitucional o prescreveu sem testá-lo na prática, propugna-se

que a jurisprudência se abra para compreender e empreender os novos desafios, sem preconceitos ou visões preconcebidas. O intérprete não deve interpretar as regras em tiras, de forma isolada e com o objetivo de alcançar a vontade do legislador, mas sim buscar o sentido que melhor atenda aos princípios constitucionais e aos anseios da sociedade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código Civil comentado: direito das sucessões, sucessão em geral, sucessão legítima: arts. 1.784 a 1.856*. v. XVIII. Álvaro Villaça de Azevedo (Coord.). – São Paulo: Atlas, 2003.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Sucessões*. 4ª ed. – Coimbra: Editora Coimbra Limitada, 1989.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3 ed. - São Paulo: Saraiva, 2011.

BOECKEL, Fabrício Dani de. *Os direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro estável*. In: *Direito Sucessório: em perspectiva interdisciplinar*. BOECKEL, Fabrício Dani de. ROSA, Karin Regina Rick (Coord.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 73-98.

CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das Sucessões*. 5ª edição. Atual. e rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Civil: Família e Sucessões*. v. 5. 5ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths; ROBL FILHO, Ilton Norberto. *O ensino do Direito Civil: breve ensaio sobre o Direito das Sucessões*. In: *TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). Diálogos sobre Direito Civil*. V. II. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 651-666.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O Direito de Família no projeto do Código Civil*. In: *WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). Repertório de doutrina sobre Direito de Família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. v. 4 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 222-243.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *Da União Estável*. In: *DIAS, Maria Berenice. CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. (Coord.). Direito de Família e o Novo Código Civil*. 4ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 219-334.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *Concubinato e união estável*. 7ª ed. rev. e atual. – Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DELGADO, Mario Luiz. ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). *Novo Código Civil: questões controvertidas no direito de família e das sucessões*. v. 3. – São Paulo: Editora Método, 2006.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil: Sentidos, Transformações e Fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 3ª ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FACHIN, Luiz Edson. *Soluções Práticas de Direito – Pareceres*. v. II. Família e Sucessões. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FACHIN, Luiz Edson. *Questões do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIA, Mario Roberto Carvalho de. *Direito das Sucessões: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Curso de Direito Civil: direito das sucessões*. 2ª ed. atual. – São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. 4ª ed. rev. e atual. – Saraiva: São Paulo, 2014.

GOMES, Orlando. *Sucessões*. 16ª ed. rev. e atual. por Mario Roberto Carvalho de Faria. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. v. 6. 9ª ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. v. 7. 2 ed. rev., ampl. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2008.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. 2ª ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito das Sucessões*. 2ª ed. atual. – Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito civil aplicado: direito de família*. v. 5. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005a.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil*. v. XXI: do Direito das Sucessões (arts. 1.784 a 2.027). Rio de Janeiro: Forense, 2005b.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Monografia Jurídica*. 8ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Sucessões*. 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NEVARES, Ana Luiza Maia. *A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional*. 2ª ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

NEVARES, Ana Luiza Maia. *Entidades familiares na Constituição: críticas à concepção hierarquizada*. In: *Diálogos sobre o direito civil*. Carmem Lucia Silveira Ramos (Org.) – Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 291-315.



OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de direito de família*. 4ª ed. – Curitiba: Juruá, 2001.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições do Direito Civil – volume V. Direito de Família*. 17ª ed. rev. e atual. por Tania da Silva Pereira – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições do Direito Civil – volume VI. Direito das Sucessões*. 14ª ed. atual. e rev. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. 3ª ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de Direito Privado. Parte Especial. Tomo LV: Direito das Sucessões – sucessão em geral e sucessão legítima*. Atual. por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Paulo Luiz Netto Lôbo. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. v. 7. 25ª ed. rev. e atual. por Zeno Veloso – São Paulo: Saraiva, 2002.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do Direito Civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O Direito de Família na Constituição de 1988 e suas repercussões no Direito das Sucessões: convergências e dissensões na senda da relação entre o Código Civil e Constituição*. In: CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo (Coord.). *Direito Privado e Constituição: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 429-455.

SILVEIRA, Michele Costa da. As grandes metáforas da bipolaridade. In: MARTINS-COSTA, Judith. *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3ª ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. *A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares*. Disponível em <[http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/diversos/tepedino\\_3.html](http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/diversos/tepedino_3.html)>. Acesso em 29.06.2015.

VELOSO, Zeno. *Do Direito Sucessório dos Companheiros*. In: DIAS, Maria Berenice. CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. (Coord.). *Direito de Família e o Novo Código Civil*. 4ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 235-249.

WALD, Arnold. *Direito das Sucessões*. 8ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 1991.

## APÊNDICE

### RESULTADOS OBTIDOS NOS TRIBUNAIS ESTADUAIS

TRIBUNAL	INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE
TJDFT	constitucionalidade do inciso III do artigo
TJES	constitucionalidade total do artigo
TJGO	inconstitucionalidade do inciso III do artigo
TJMG	constitucionalidade do inciso III do artigo
TJPR	inconstitucionalidade do inciso III e constitucionalidade do inciso II do artigo
TJRJ	inconstitucionalidade do inciso III do artigo
TJRS	constitucionalidade total do artigo
TJSC	inconstitucionalidade do inciso III do artigo
TJSP	constitucionalidade total do artigo
TJSE	inconstitucionalidade total do artigo